

Is een wettelijke regeling noodzakelijk om alcohol- en drugscontroles door de werkgever mogelijk te maken?

TRA 2020/61

Is controle van werknemers op alcohol- en drugsgebruik binnen de arbeidsverhouding toegestaan volgens de AVG en de UAVG? Volgens de jurisprudentie wordt de controle toelaatbaar geacht als aan de criteria die uit art. 8 EVRM volgen, is voldaan. Maar het testen, registreren en het gebruiken van de informatie die uit de test wordt verkregen, zijn op grond van de UAVG niet toegestaan. Om het voor de werkgevers mogelijk te maken dergelijke controles uit te voeren waaraan zij daadwerkelijk ook arbeidsrechtelijke consequenties kunnen verbinden, moet daarom de UAVG hierop worden afgestemd.

1. Inleiding

Soms kan de werkgever een belang hebben om zijn werknemers te testen op alcohol- of drugsgebruik. Als de werknemer onder invloed is van deze middelen, dan kan dit gevaar vormen bij de uitvoering van de werkzaamheden. Men kan hierbij denken aan bijvoorbeeld de situatie waarbij de werknemer werkt met gevaarlijke stoffen of machines bedient. En verder indien de werknemer met een voertuig personen vervoert. De vraag is alleen in hoeverre alcohol- en drugscontroles binnen ondernemingen juridisch zijn toegestaan volgens de AVG en de UAVG.

In dit artikel toets ik in hoeverre de werkgever voorschriften kan opstellen dat de werknemer zich onderwerpt aan een alcohol- of drugscontrole en voorts of de werkgever dergelijke testen mag laten afnemen en de daarmee verkregen informatie mag registreren en gebruiken. Eerst behandel ik de toetsing aan het grondrecht op privacy. Daarna bespreek ik de toetsing aan de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG)² en de Uitvoeringswet AVG (UAVG).³ Ten slotte bespreek ik of het noodzakelijk is een wettelijke regeling te treffen om controle door werkgevers op alcohol- en drugsgebruik van werknemers mogelijk te maken.

2. Toetsing aan het grondrecht op privacy

Zowel een voorschrift van de werkgever aan de werknemer om zich te onderwerpen aan een alcohol- en drugscontrole, als het feitelijk afnemen van die test houdt een beperking in van de grondrechten van be-

scherming van de persoonlijke levenssfeer en van de lichamelijke integriteit van de werknemer.

In de Grondwet (Gw) is het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer neergelegd in art. 10 Gw en het recht op eerbiediging van de lichamelijke integriteit in art. 11 Gw. De beperking op deze rechten kan door de rechter niet getoetst worden aan art. 10 en art. 11 Gw, die vereisen dat de beperking 'bij of krachtens de wet' gesteld is. Volgens de beschikking van de Hoge Raad van 22 november 2019 (*Hyatt II*) over alcohol- en drugscontrole door de werkgever, hebben de in de Staatsregeling van Aruba opgenomen grondrechten van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en van de lichamelijke integriteit geen directe werking tussen burgers onderling. Hierdoor geldt in de arbeidsrechtelijke verhouding naar Arubaans recht niet dat het beperken van deze grondrechten een wettelijke grondslag nodig heeft.⁴ Dit zal naar mijn mening op gelijke wijze gelden voor deze grondrechten in de Nederlandse grondwet. P-G Langemeijer verwees in zijn conclusie bij deze zaak (die door de Hoge Raad werd gevolgd) naar de opvattingen daarover van de Nederlandse wetgever en refereerde tevens aan de Nederlandse rechtsliteratuur en rechtspraak.⁵ Zoals door de P-G in deze conclusie uiteengezet, werken deze grondrechten blijkens de rechtspraak in privaatrechtelijke verhoudingen slechts indirect.⁶ De wetgever heeft het aan de rechter overgelaten om te bepalen in welke mate en op welke wijze grondrechten in (privaatrechtelijke) rechtsverhoudingen tussen burgers onderling doorwerken.⁷ De Hoge Raad heeft ten aanzien van de in de Grondwet neergelegde rechten van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en van de lichamelijke integriteit in feite uitgemaakt dat deze geen directe werking hebben in de arbeidsrechtelijke verhouding. In dat opzicht is deze beschikking vernieuwend en verhelderend.

De beschikking van de Hoge Raad in *Hyatt II* is tevens verhelderend door de overweging:

“Opmerking verdient dat (constitutionele) grondrechten wel kunnen doorwerken in een rechtsverhouding tussen burgers. Het hof heeft dit onderkend. Het heeft

1 Ivo van der Helm is universitair docent Arbeidsrecht en Sociaal Beleid aan de Universiteit Utrecht.

2 Verordening (EU) 2016/679, *Pb EU* L119/1.

3 Wet van 16 mei 2018, *Stb.* 2018, 144.

4 HR 22 november 2019 (*Hyatt II*), ECLI:NL:HR:2019:1834; *JAR* 2019/314, m.nt. P.A. Hogewind-Wolters; M.D. Ruizeveld, 'Een wettelijke basis voor alcohol- of drugstest op het werk', *TRA* 2020/25, noot bij HR 22 november 2019.

5 Conclusie P-G F.F. Langemeijer van 14 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:631, 2.14-2.19.

6 Conclusie P-G F.F. Langemeijer van 14 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:631, 2.19.

7 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 15-16.

in rov. 2.11 tot en met 2.17 onderzocht of de inbreuk op de grondrechten van de werknemer waartoe het overeengekomen antidrugsbeleid en anti-alcoholbeleid van Hyatt leidt, toelaatbaar is, en heeft die vraag in bevestigende zin beantwoord.⁸

Het Gemeenschappelijk Hof had getoetst aan de beginselen die volgen uit art. 8 EVRM, zoals verwoord door de Hoge Raad in het arrest *Hyatt I*.⁹

De Hoge Raad heeft in *Hyatt I* in het licht van art. 8 EVRM geoordeeld dat een toelaatbare inbreuk op de persoonlijke levenssfeer aan drie criteria moet voldoen. Ten eerste moet de inbreuk makende handeling een legitiem doel dienen en een geschikt middel zijn om dat doel te dienen (*noodzakelijkheids criterium*). Ten tweede moet er evenredigheid zijn tussen de inbreuk en het belang van de werkgever bij het bereiken van het doel (*proportionaliteits criterium*). Ten derde moet de werkgever het doel niet met een minder ingrijpend middel kunnen bereiken (*subsidiariteits criterium*).¹⁰ Hiermee werd niet direct getoetst aan de beperkingsclausule van art. 8 lid 2 EVRM. Er werd namelijk niet beoordeeld of de beperking bij de wet was voorzien en wegens welke van de limitatief opgesomde legitieme doelen de beperking gerechtvaardigd was. Het is een vorm van indirecte werking, zoals hiervoor genoemd in de conclusie van de P-G Langemeijer, waarbij aan de uit het grondrecht voortvloeiende beginselen wordt getoetst. De overweging ten overvloede van de Hoge Raad in *Hyatt II* dat grondrechten wel kunnen 'doorwerken' in de privaatrechtelijke rechtsverhouding, met verwijzing naar de wijze van toetsing door het Gemeenschappelijk Hof, is mijns inziens een bevestiging dat art. 8 EVRM slechts indirecte werking heeft in de arbeidsrechtelijke verhouding. In de lagere rechtspraak wordt meestal aan de hand van deze drie in *Hyatt I* genoemde criteria beoordeeld of de door de werkgever afgedwongen alcohol- en drugscontrole gerechtvaardigd wordt door het gestelde doel en het gebruikte middel.¹¹

3. Toetsing aan de AVG en de UAVG

De vraag is of het testen van werknemers op alcohol- en drugsgebruik en het verkrijgen van de gegevens met behulp van die testen ook de toetsing aan de AVG en de UAVG kan doorstaan. De uitslag van de test bevat in ieder geval informatie waaruit blijkt of er al dan niet sporen zijn gevonden van alcohol- of drugsgebruik. De uitslag van de test zal bovendien ergens geregistreerd worden en

in verband worden gebracht met de persoon van de werknemer. Aangezien deze informatie betrekking heeft op een geïdentificeerde persoon, is er sprake van persoonsgegevens (art. 4 lid 1 AVG). Als deze gegevens worden geregistreerd, zal bovendien sprake zijn van verwerking van persoonsgegevens. Er zal immers altijd wel sprake zijn van een geheel of gedeeltelijke geautomatiseerde verwerking van gegevens, of een handmatige verwerking die in een bestand wordt opgenomen (art. 2 lid 1 en art. 4 lid 2 AVG). De Autoriteit Persoonsgegevens stelde zich, in de situatie bij het bedrijf Uniper, op het standpunt dat in het kader van de feitelijke uitvoering van de controle persoonsgegevens werden verzameld, geregistreerd en gebruikt. Hierdoor was er sprake van verwerking van persoonsgegevens.¹² De feitelijke uitvoering van zo'n test, de registratie en het gebruik van de gegevens, zal daarom aan de voorwaarden van de AVG en UAVG moeten voldoen.

Informatie die wordt verkregen uit het testen of onderzoeken van een lichaamsdeel of lichaamseigen stof wordt als 'gegeven over gezondheid' aangemerkt (art. 4 lid 15 AVG).¹³ De AVG bevat in beginsel een verbod om gegevens over gezondheid te verwerken (art. 9 lid 1 AVG). In art. 9 lid 2 AVG wordt een aantal situaties vermeld waarin het verwerkingsverbod niet van toepassing is. Zo is het verbod niet van toepassing als de verwerking noodzakelijk is voor de uitvoering van verplichtingen en rechten van de werkgever en de werknemer op het gebied van het arbeidsrecht (art. 9 lid 2 sub b AVG). De AVG biedt de lidstaten van de EU echter de mogelijkheid om bijkomende voorwaarden of beperkingen te stellen met betrekking tot de verwerking van gegevens over gezondheid (art. 9 lid 4 AVG). Nederland heeft van deze mogelijkheid gebruikgemaakt door middel van de UAVG.¹⁴ Hierdoor is de verwerking van gegevens over gezondheid alleen mogelijk als de UAVG dit uitdrukkelijk toestaat. De UAVG is immers een uitputtende regeling, waarin zowel de rechtstreeks werkende uitzonderingen als de uitwerking van de niet rechtstreeks werkende uitzonderingen van art. 9 lid 2 AVG opgenomen zijn.¹⁵

Als een van de uitzonderingen zich voordoet, moet vervolgens ook worden voldaan aan een van de in art. 6 AVG limitatief vermelde verwerkingsgronden om de gegevens rechtmatig te kunnen verwerken.¹⁶

Binnen de arbeidsverhouding biedt de UAVG maar zeer beperkt de mogelijkheid om gebruik te maken van een uitzondering op het verwerkingsverbod. Het verwerkingsverbod is niet van toepassing als de verwerking van zulke gegevens noodzakelijk is voor de uitvoering van

⁸ HR 22 november 2019 (*Hyatt II*), ECLI:NL:HR:2019:1834, r.o. 3.3.

⁹ Gemeenschappelijk Hof van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 16 januari 2018, ECLI:NL:OGHACMB:2018:10, r.o. 2.11-2.17.

¹⁰ HR 14 september 2007 (*Hyatt I*), ECLI:NL:HR:2007:BA5802, r.o. 3.4.2.

¹¹ Zie bijvoorbeeld: Rb. Groningen 3 maart 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BL6639, *JAR* 2010/113; Rb. Rotterdam 14 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8470, *JAR* 2015/86; Rb. Limburg 23 december 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10921, *JAR* 2016/84.

¹² Autoriteit Persoonsgegevens, Onderzoeksrapport Alcohol- en drugscontrole bij werknemers (Uniper), z2015-00971, november 2016, p. 27-29.

¹³ Zie considerans 35 AVG.

¹⁴ Wet van 16 mei 2018, *Stb.* 2018, 144.

¹⁵ *Kamerstukken II* 2017/18, 34 851, nr. 3, p. 40-45.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2017/18, 34 851, nr. 3, p. 43.

wettelijke voorschriften die voorzien in aanspraken die afhankelijk zijn van de gezondheidstoestand van betrokkene (bijv. loondoorbetaling bij ziekte) of de re-integratie en begeleiding van werknemers in verband met ziekte of arbeidsongeschiktheid (art. 30 lid 1 UAVG).¹⁷ Buiten deze situaties bestaat alleen een uitzondering op het verwerkingsverbod van gegevens over gezondheid als er sprake is van één van de algemene uitzonderingen van de AVG (art. 22 lid 2 UAVG) of één van de nationaalrechtelijke algemene uitzonderingen (art. 23 UAVG). Op grond van de algemene uitzonderingsgrond is het verwerkingsverbod van gegevens over gezondheid niet van toepassing in geval van uitdrukkelijke toestemming van betrokkene voor de verwerking (art. 22 lid 2 sub a UAVG). In de arbeidsverhouding kan dit echter geen grondslag zijn voor de verwerking, omdat de werknemer ten opzichte van de werkgever in een afhankelijke en onderschikte positie verkeert en er geen sprake kan zijn van een vrijelijk gegeven toestemming.¹⁸ Eén van de nationaalrechtelijke uitzonderingsgronden voor het verbod om gegevens over de gezondheid te verwerken is de situatie waarin de verwerking noodzakelijk is in aanvulling op de verwerking van persoonsgegevens van strafrechtelijke aard voor de doeleinden waarvoor deze gegevens worden verwerkt (art. 23 sub c UAVG).¹⁹ Deze uitzonderingsgrond doet zich voor bij controle op alcohol, drugs en geneesmiddelen bij bestuurders in het verkeer.²⁰ Maar deze controle gebeurt niet door de werkgever. De controle wordt in het verkeer verricht door opsporingsambtenaren en heeft een strafrechtelijk oogmerk. Want dat is gericht om te controleren of de bestuurder onder invloed van alcohol of drugs is, dat strafbaar is.

Op grond van de UAVG is kortom geen uitzonderingsgrond aanwezig voor reguliere situaties van controle op alcohol- en drugsgebruik van werknemers. Daardoor is het voor de werkgever niet mogelijk om gegevens die uit een alcohol- en drugscontrole worden verkregen, te verwerken.

4. De vereiste aanpassing van de UAVG

Om ervoor te zorgen dat het mogelijk wordt de uit alcohol- en drugscontrole verkregen informatie te registreren en te gebruiken zodat daaraan arbeidsrechtelijke consequenties verbonden kunnen worden, is het noodzakelijk de wet aan te passen. De regering erkent de urgentie om controle binnen bedrijven mogelijk te maken.²¹ De

Staatssecretaris van SZW heeft drie voornemens om te onderzoeken hoe het testen van werknemers op alcohol-, drugs- en medicijngebruik voor werkgevers mogelijk kan worden gemaakt.²² In de eerste plaats wil de staatssecretaris voor Brzo-bedrijven²³ onderzoeken welke wettelijke mogelijkheden er zijn voor alcohol- en drugstesten bij voor de veiligheid cruciale functies. Verder wil de staatssecretaris onderzoeken of er een wettelijke grondslag geformuleerd kan worden voor alcohol- en drugstests bij andere functies met een hoog veiligheidsrisico. Bij dergelijke functies is er een zwaarwegend algemeen belang voor de controle. Tot slot wordt onderzocht in welke andere situaties controle binnen ondernemingen mogelijk moet worden gemaakt.

Voor alcohol- en drugstesten bij Brzo-ondernemingen bestaat er hiervoor naar mijn mening (nog) geen wettelijke mogelijkheid. De nationaalrechtelijke algemene uitzonderingsgrond voor opheffing van het verwerkingsverbod van gezondheidsgegevens (art. 23 sub c UAVG) is niet van toepassing. De medewerkers zelf plegen immers volgens het Besluit risico's zware ongevallen geen strafbaar feit als zij onder invloed zijn van alcohol of drugs.²⁴ De wettelijke grondslag voor alcohol- en drugscontrole die de staatssecretaris wil formuleren bij andere functies met hoog veiligheidsniveau, waardoor een zwaarwegend algemeen belang een dergelijke controle rechtvaardigt, zal niet ontleend kunnen worden aan een (bestaande) bijzondere wet. Onder de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) was dat wel het geval. Op grond van die wet was het verwerkingsverbod niet van toepassing als sprake was van een zwaarwichtig belang en dit bij de wet was bepaald (art. 23 lid 1 sub f Wbp). Dat geldt nu niet meer, omdat de wettelijke situaties voor zwaarwichtig belang beperkt zijn geregeld in art. 23 UAVG. Zoals ik hiervoor uiteenzette, biedt de UAVG binnen de arbeidsverhouding geen uitzonderingsmogelijkheid voor de verwerking van gezondheidsgegevens voor controle op alcohol-, drugs- en medicijngebruik. Om dergelijke controle mogelijk te maken, zal de UAVG op dit punt dus moeten worden aangepast. De staatssecretaris heeft hierover overleg met de Minister van Rechtsbescherming. Maar dit onderwerp wordt tot nu toe nog niet betrokken bij de toekomstige aanpassing van de UAVG.²⁵

5. Conclusie

Zowel het aan de werknemers voorschrijven van een alcohol- of drugscontrole, als het feitelijke uitvoeren van een

¹⁷ *Kamerstukken II 2017/18*, 34 851, nr. 3, p. 110-111.

¹⁸ Considerans 42 AVG: 'Toestemming mag niet worden geacht vrijelijk te zijn verleend indien de betrokkene geen echte of vrije keuze heeft of zijn toestemming niet kan weigeren of intrekken zonder nadelige gevolgen.' Zie ook: Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 2/2017 on data processing at work, p. 6; WP29 Groep, Richtsnoeren inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/679, 17/NL, WP259 versie01, p. 7.

¹⁹ *Kamerstukken II 2017/18*, 34 851, nr. 3, p. 104.

²⁰ Besluit alcohol, drugs en geneesmiddelen in het verkeer, *Stb.* 2016, 529.

²¹ Brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 16 januari 2020, *Kamerstukken II 2019/20*, 25 883, nr. 371. Deze brief is besproken in de Tweede Kamer op 17 april 2020, *Kamerstukken II 2019/20*, 25 883, nr. 383, p. 3-10.

²² Brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 16 januari 2020, *Kamerstukken II 2019/20*, 25 883, nr. 371, p. 4.

²³ Dat zijn bedrijven die vallen onder het Besluit risico's zware ongevallen 2015.

²⁴ In art. 16 Besluit risico's zware ongevallen 2015 is alleen bepaald wanneer een bedrijf een strafbaar feit pleegt.

²⁵ Het onderwerp van controle van alcohol- en drugsgebruik op het werk wordt niet genoemd in de brief van de Minister voor Rechtsbescherming van 31 oktober 2019, *Kamerstukken II 2019/20*, 32 761, nr. 151.

dergelijke test, kan de toetsing aan art. 8 EVRM doorstaan als aan de drie door de Hoge Raad gestelde criteria is voldaan. Het verwerken van de informatie die uit de controle wordt verkregen, stuit echter af op de UAVG. Daarmee wordt de praktische betekenis van dergelijke alcohol- of drugcontroles sterk ingeperkt. Om het voor werkgevers feitelijk mogelijk te maken aan alcohol- en drugscontroles arbeidsrechtelijke consequenties te verbinden, zal de UAVG moeten worden aangepast. Nederland heeft de betreffende uitzonderingsbepaling van art. 9 lid 2 sub b AVG (gegevensverwerking binnen de arbeidsrechtelijke verhouding) zeer beperkt uitgewerkt in art. 30 lid 1 UAVG, namelijk alleen voor wat betreft de loondoorbetaling bij ziekte en de re-integratie van de werknemer. De wetgever zou de daarin opgenomen uitzondering op het verwerkingsverbod van gegevens over de gezondheid (art. 30 UAVG) tegen het licht moeten houden. Bezien zou moeten worden hoe die bepaling zodanig kan worden aangepast dat de werkgever in het kader van controle op alcohol-, drugs- en medicijngebruik van een werknemer gegevens over de gezondheid tevens kan verwerken.