

Juridische aandachtspunten van de nota 'LCI Handreiking voorzorgtesten'

Grondrechten

Het kader voor het aanbieden van een voorzorgtest als middel om toegang te krijgen tot bepaalde werkplekken of tot onderwijs is juridisch gezien hetzelfde als het inzetten van bewijs van een negatieve PCR test voor het openen van voorzieningen. Dat de voorzorgtest niet geschikt is om positieve testen definitief vast te stellen maakt hierbij niet uit. Het gaat erom dat alleen met behulp van een bewijs van een negatieve test toegang gegeven wordt tot werk of onderwijs.

Op 15 januari 2021 heeft de Gezondheidsraad een advies uitgebracht over de ethische en juridische voorwaarden voor het inzetten van testbewijzen voor het openen van voorzieningen. Hoewel dit niet speciaal ziet op 'voorzorgtesten' is dit advies dus ook van belang voor het inzetten van voorzorgtesten. Dit advies¹ neemt als uitgangspunt dat het moeten tonen van een bewijs van een negatieve test een inbreuk maakt op grondrechten². Men moet dan immers toestaan dat bijv. een swab wordt afgenomen en informatie verschaffen aan een derde over zijn gezondheid.

Een inbreuk op een grondrecht kan alleen indien daarvoor een specifieke wettelijke grondslag bestaat; juridisch is dit is recent meerdere keren bevestigd in Corona-kort gedingen en ook politiek (TK/EK) wordt dat geëist, wat onder meer tot de Twm heeft geleid. Op dit moment wordt gewerkt aan opties om een wettelijke grondslag te creëren voor het inzetten van testen als voorwaarde voor toegang en daarbij ook de voorwaarden die de Gezondheidsraad heeft genoemd, in acht te nemen.

Pilots/proeftuinen

Het maakt voor de toepasselijkheid van de juridische regels geen verschil of er sprake is van een pilot of een permanente regeling. Voor beide geldt hetzelfde juridische kader.

Voorzover bekend bij WJZ is er (vooralsnog) geen specifieke juridische grondslag geregeld voor het inzetten van voorzorgtesten bij een pilot. Het houden van een pilot is op dit moment alleen al hierom niet mogelijk. Hierbij wijzen wij op het grote risico op juridische procedures, omdat de ervaring leert dat veel maatregelen, ongeacht de aard snel bij de rechter belanden. Dan is minimaal vereist dat er een deugdelijke grondslag bestaat³.

Verhouding werknemer/werkgever

Juridisch gezien is een testbewijs een medisch gegeven, dit geldt ook voor een bewijs van een negatieve test. Hiervoor geldt in het algemeen het volgende. Werkgevers mogen niet naar uitslagen van testen van hun werknemers vragen. Uitsluitend de bedrijfsarts kan dat. De bedrijfsarts heeft een beroepsgeheim en mag aan de werkgever geen mededelingen doen over de gezondheidstoestand van de werknemer.

Hierom rijzen vragen over de inzet van de 'monitor', die immers in dienst is van de werkgever. Vanwege het bovenstaande kan dit alleen iemand zijn met een wettelijk beroepsgeheim. De werkgever mag medische gegevens niet ontvangen en zeker ook niet registreren. De monitor kan daarom juridisch gezien alleen werken in opdracht en onder verantwoordelijkheid van de bedrijfsarts, met garantie dat het beroepsgeheim van de bedrijfsarts ook voor deze monitor geldt. De vraag is hoe zich dat verhoudt met de reguliere werkzaamheden van de monitor en met het dienstverband dat hij heeft met de werkgever.

¹ Te vinden op www.gezondheidsraad.nl

² zoals het recht op lichamelijk integriteit, de privacy en bijvoorbeeld het recht op onderwijs en werk

³ Er is ook nog een goede motivering nodig over de proportionaliteit, subsidiariteit etc, maar zonder specifieke wettelijke grondslag blijven maatregelen in ieder geval niet in stand.

Ander punt is de vrijwilligheid. Tussen een werkgever en werknemer bestaat een hiërarchische relatie. Dit gegeven betekent dat 'vrijwillige' deelname van werknemers aan een door werkgever ingestelde test juridisch niet snel als vrijwillig wordt gezien. Alleen als men kan onderbouwen dat er geen enkele consequentie verbonden is aan niet-meewerken, dat gegevens niet gedeeld worden met werkgever of collega's, kan men spreken van vrijwilligheid. In de notitie ontbreekt aandacht voor de consequentie van niet-meewerken en hoe gegarandeerd wordt dat er geen gevolgen (feitelijk of juridisch) verbonden worden aan niet-meewerken. Indien dit niet gegarandeerd kan worden, wordt een inbreuk gemaakt op o.m. de grondrechten. Daarvoor geldt opnieuw dat daarvoor een wettelijke grondslag moet zijn. Er is **geen** sprake van vrijwilligheid bij de eis van een negatieve testuitslag als voorwaarde voor toegang/deelname aan een activiteit (toegang tot een fysiek tentamen, toegang tot de brandweerauto, toegang tot de werkplek etc.).

Over de verwerking/registratie van gegevens: Een werkgever mag gegevens over het meewerken aan een test, c.q. testuitslagen niet registreren of anderszins verwerken, ook niet als de werknemer hier toestemming heeft gegeven. Hiervoor geldt eveneens dat de toestemming vanwege de hiërarchische relatie niet een geldige basis is voor het verwerken van gegevens over het meewerken aan test en/of de uitslag van een test. Dit volgt uit de AVG.

Wkkgz (wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg)

De inzet van de monitor bij het begeleiden van de test en bij het aflezen van de juiste testuitslag, betekent dat hier niet louter sprake is van zelfzorg. De 'monitor' is juridisch gezien niet vergelijkbaar met een zorgvrijwilliger. Dit betekent dat de monitor als zorgverlener moet worden aangemerkt en dat bij het opdragen van deze taak aan de monitor door de werkgever sprake is van het bedrijfsmatig aanbieden van zorg. Daarmee is de Wkkgz van toepassing op deze werkzaamheden. Ook als de inzet van de monitor via de bedrijfsarts en onder diens supervisie plaatsvindt, valt de inzet van de monitor onder de Wkkgz. Een bedrijfsarts is een zorgverlener/zorgaanbieder in de zin van de Wkkgz.

Voor zorgaanbieders geldt op grond van de Wkkgz als eis dat zij goede zorg moeten verlenen. Dat betekent dat de zorg van een goede kwaliteit en goed niveau moet zijn. Volgens de Wkkgz omvat de verplichting om goede zorg te verlenen onder andere dat de rechten van de cliënten in acht moeten worden genomen en dat de zorg veilig, doeltreffend en cliëntgericht moet zijn. Ook betekent de verplichting om goede zorg te verlenen dat zorgverleners moeten handelen in overeenstemming met de op hen rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de professionele standaard, waaronder de kwaliteitsstandaard. De IGGJ houdt hier toezicht op.

Voor de toepasselijkheid van de Wkkgz is er in de gekozen opzet geen verschil tussen reguliere testen en de voorzorgtest.