

Commissie Klachtenbehandeling
Aanstellingskeuringen

Oordeel Klacht 2016-03 (klaagster / werkgever)

Dit oordeel is gegeven door navolgende leden van de Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen (CKA):

- De heer mr. drs E.P. Harderwijk (voorzitter);
- De heer mr. drs. W.M. Hes;
- De heer mr. drs. D.W.M. Weesie;

in tegenwoordigheid van mevrouw mr. M.J.M. Bach, secretaris en de heer mr. I. Güvec, plaatsvervangend secretaris.

De klacht

- 1.1 Klaagster heeft in september 2016 een klacht ingediend bij de Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen (hierna: Commissie).
- 1.2 Klaagster is op 15 juli 2016 in dienst getreden bij een kinderdagverblijf (hierna: werkgever) voor een periode van twaalf maanden. Op 12 september 2016 heeft werkgever de arbeidsovereenkomst met klaagster beëindigd tijdens de proeftijd. Klaagster is van mening dat haar ontslag verband houdt met haar fysieke beperkingen en medicijngebruik en (de vragen die zij heeft gesteld over) de door werkgever gewenste medische keuring. Dat is, volgens klaagster, onder meer strijdig met de Wet op de medische keuringen (Wmk) en het Besluit aanstellingskeuringen.
- 1.3 Klaagster vraagt de Commissie een oordeel uit te spreken over deze klacht.

2. Verloop van de procedure

- 2.1 Klaagster heeft op 26 september 2016 schriftelijk een klacht ingediend bij de Commissie. De ontvangst daarvan is diezelfde dag per e-mail bevestigd.
- 2.2 In een telefoongesprek en e-mail d.d. 29 september 2016 en een e-mail d.d. 4 oktober 2016 heeft de Commissie nadere stukken (zoals de arbeidsovereenkomst, opzeggingsbrief en andere relevante (mail)correspondentie) opgevraagd bij klaagster. Deze stukken zijn door de Commissie op 4 oktober 2016 ontvangen.
- 2.3 Per brief d.d. 11 oktober 2016 heeft de Commissie werkgever in kennis gesteld van de klacht met het verzoek om uiterlijk 25 oktober 2016 op de klacht en daarbij gevoegde stukken te reageren. Aan de brief waren navolgende bijlagen gehecht:
 - het klachtenformulier d.d. 26 september 2016 (bijlage 1);
 - de arbeidsovereenkomst tussen klaagster en werkgever d.d. 9 juni 2016 (bijlage 2);

- de ontslagbrief van werkgever aan klagster d.d. 12 september 2016 (bijlage 3);
- de CAO Kinderopvang 2015 (bijlage 4);
- het onderhandelingsresultaat betreffende de CAO Kinderopvang 2016-2017 (bijlage 5);
- het profiel Leidinggevende B / Manager Business Unit Kinderopvang (uit functieboek CAO Kinderopvang 2012-2014) (bijlage 6);
- de matrix Leidinggevende B (uit CAO Kinderopvang 2012-2014) (bijlage 7);
- het formulier competenties Manager Kinderdagverblijf (bijlage 8);
- het Reglement Ziekteverlof (bijlage 9);
- de Reiskostenregeling (bijlage 10).

- 2.4 Door middel van een brief d.d. 25 oktober 2016 aan de Commissie heeft werkgever verweer gevoerd (verweerschrift). Het verweerschrift is ingediend door de advocaat van werkgever (hierna: advocaat).
- 2.5 In een e-mail d.d. 29 oktober 2016 heeft klagster op het verweerschrift gereageerd.
- 2.6 Per e-mail d.d. 7 november 2016 heeft de Commissie werkgever in de gelegenheid gesteld om daarop uiterlijk 22 november 2016 te reageren. Daarvan heeft werkgever geen gebruik gemaakt.
- 2.7 De hoorzitting was oorspronkelijk gepland op 9 december 2016. Op verzoek van zowel klagster als de advocaat van werkgever is de zitting verplaatst naar een later tijdstip.
De hoorzitting heeft plaatsgevonden op 19 januari 2017. Klagster werd vergezeld door haar zus. Namens werkgever zijn de directeur/bestuurder en de advocaat van werkgever verschenen.
- 2.8 Klagster heeft bij aanvang van de hoorzitting aangegeven er geen bezwaar tegen te hebben indien werkgever kennisneemt van vertrouwelijke medische gegevens betreffende klagster.

3. De feiten

- 3.1 Klagster is met ingang van 15 juli 2016 voor de duur van een jaar in dienst getreden bij werkgever in de functie van Manager Kinderdagverblijf voor 32 uur per week (bijlage 2). Haar standplaats was Kinderdagverblijf X (KDV) in Y. Klagster heeft in verband met personeelstekort in de zomer van 2016 zo nu en dan (maar nooit alleen) werkzaamheden verricht op een van de groepen van het KDV ter vervanging van een Pedagogisch medewerker.
- 3.2 Op de arbeidsovereenkomst is de CAO Kinderopvang van toepassing.
- 3.3 In de arbeidsovereenkomst is in artikel 2 bepaald dat de eerste twee maanden van het dienstverband als proeftijd gelden. De CAO Kinderopvang 2016-2017 (hierna: cao) biedt daartoe in artikel 3.1 de mogelijkheid. In de cao is bepaald dat voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd van langer dan zes maanden maar korter dan twee jaar, in afwijking van artikel 7:652 BW, een proeftijd van twee maanden kan worden overeengekomen.
De overeengekomen proeftijd van klagster eindigde op 14 september 2016.

- 3.4 Er zijn in het functieboek CAO Kinderopvang functiebeschrijvingen opgenomen voor de functies Manager Kinderdagverblijf en Pedagogisch medewerker. Er zijn door werkgever geen bijzondere functie-eisen op het punt van medische geschiktheid gesteld. Voor de functies Manager Kinderdagverblijf en Pedagogisch medewerker vinden bij werkgever in de regel geen aanstellingskeuringen plaats voorafgaand aan indiensttreding van nieuwe werknemers.
- 3.5 Werkgever heeft een calamiteitenplan. Daarin is geen rol weggelegd, bijvoorbeeld op het gebied van ontruimen, voor de Manager Kinderopvang; wel voor een Pedagogisch medewerker.
- 3.6 Op 1 september 2016 is bij werkgever een nieuwe directeur in dienst getreden, (hierna: directeur). De directeur is vervolgens begonnen aan een inwerkperiode waarin zij ook diverse kennismakingsgesprekken met haar medewerkers heeft gevoerd.
- 3.7 Begin september 2016 is klaagster door het secretariaat van werkgever uitgenodigd voor een kennismakingsgesprek met de nieuwe directeur bij vestiging X in Y. Dit gesprek zou aanvankelijk plaatsvinden op 6 september 2016. Het gesprek is later verzet, waarbij tevens de locatie is gewijzigd en aan klaagster is meegedeeld dat ook de P&O-functionaris aanwezig zou zijn. Dit gesprek tussen klaagster, de directeur en de P&O-functionaris heeft op 8 september 2016 plaatsgevonden op het hoofdkantoor van werkgever. Het gesprek had een andere insteek dan alleen een kennismaking tussen klaagster en de directeur, hetgeen voor klaagster pas duidelijk werd tijdens het gesprek.
- 3.8 Op 9 september 2016 heeft klaagster telefonisch contact gezocht met het secretariaat van de Commissie. Klaagster heeft destijds aangegeven dat in het gesprek op 8 september 2016 door werkgever aan klaagster is voorgesteld dat zij een medische keuring zou ondergaan. Dit om bijvoorbeeld na te gaan of en zo ja, welke risico's er zijn als gevolg van haar medicijngebruik. Klaagster legde de vraag of werkgever haar mocht vragen om zich medisch te laten keuren voor aan de Commissie. Aan klaagster is door het secretariaat van de Commissie uitgelegd in welke gevallen een medische keuring (niet) mag worden verricht en welke rechten zij in dat kader heeft. De Commissie heeft een verslag van dit gesprek gemaakt.
- 3.9 Op 12 september 2016 heeft een vervolgesprek plaatsgevonden. Daarin heeft de directeur aan klaagster laten weten dat werkgever de arbeidsovereenkomst met klaagster opzegt in de proeftijd. Als reden daarvoor is genoemd dat er geen vertrouwensbasis is gelegd in de proeftijd (bijlage 3).
- 3.10 Na de opzegging heeft klaagster de oudercommissie van het KDV telefonisch geïnformeerd over de beëindiging van haar arbeidsovereenkomst. De oudercommissie heeft werkgever daarna verzocht een mediationtraject te starten. Mede naar aanleiding daarvan heeft er op 15 en 19 september 2016 telefonisch contact plaatsgevonden tussen de directeur en klaagster. Er is geen mediationtraject gestart.
- 3.11 Ten tijde van de hoorzitting had klaagster geen nieuwe arbeidsovereenkomst met een andere werkgever.

4. Standpunt klaagster

Kort samengevat komen de standpunten van klaagster op het navolgende neer:

- 4.1 Klaagster stelt dat zij tijdens de sollicitatieprocedure uit eigener beweging medische gegevens heeft gedeeld met werkgever over haar (zichtbare) fysieke beperkingen, onder meer als gevolg van een ziekte in 2009. Klaagster heeft tijdens de sollicitatieprocedure niet gesproken over haar medicijngebruik, omdat dat naar haar oordeel niet relevant was voor het uitoefenen van de functie Manager Kinderdagverblijf.
- 4.2 Klaagster omschrijft de situatie bij aanvang van haar indiensttreding bij het KDV als volgt.
Diverse andere Managers Kinderdagverblijf zijn er niet in geslaagd om het KDV uit de rode cijfers te halen. Klaagster trof bij indiensttreding achterstallig onderhoud aan. Een goed rooster en een goede kindplanning ontbraken, de contracten waren niet op orde en het ziekteverzuim was hoog, aldus klaagster.
- 4.3 Klaagster stelt dat zij opdracht van de werkgever heeft gekregen om orde op zaken te stellen en er voor te zorgen dat de financiële positie van het KDV zou verbeteren. Klaagster heeft gedurende haar proeftijd een veranderplan geschreven om dat te kunnen realiseren.
- 4.4 Klaagster heeft in haar proeftijd hulp gevraagd aan collega's bij de invulling van de roosters. Omdat er voor sommige tijdvakken in de zomerperiode geen invallers te vinden waren, heeft zij ook zelf een aantal keren op een groep moeten waarnemen voor een Pedagogisch medewerker.
- 4.5 Klaagster stelt dat zij er niet volledig in is geslaagd om de door werkgever gewenste veranderingen door te voeren, omdat:
 - zij niet goed is ingewerkt in haar proeftijd;
 - aan haar niet voldoende medewerking dan wel ondersteuning is verleend;
 - zij niet in de gelegenheid is gesteld om het door haar opgestelde veranderplan in haar proeftijd te kunnen bespreken en de gewenste wijzigingen door te voeren.
- 4.6 Klaagster is van mening dat zij ondanks haar fysieke beperkingen, net als in haar aan de proeftijd voorafgaande carrière, goed heeft gefunctioneerd. Zij heeft daarvoor complimenten van collega's ontvangen.
Tijdens de proeftijd heeft klaagster geen aanwijzingen of opmerkingen gekregen dat zij niet goed functioneerde. Klaagster betwist wat daarover in het verweerschrift staat vermeld.
- 4.7 In het gesprek op 8 september 2016 tussen klaagster, de directeur en de P&O-functionaris heeft de directeur aangegeven dat zij tijdens haar kennismakingsronde van collega's had vernomen dat klaagster medicijnen gebruikt. De directeur heeft naar aanleiding daarvan gevraagd of klaagster haar zware functie met een pittig team wel aankon. Er zijn door de directeur en de P&O-functionaris geen andere medische vragen gesteld. Voorts is aan klaagster medegedeeld dat de werkgever klaagster in het kader van de veiligheid medisch wilde laten keuren. Klaagster stelt dat in dit gesprek niet over haar functioneren is gesproken en zij betwist hetgeen in het verweerschrift staat over de inhoud van het gesprek op 8 september 2016.

- 4.8 Omdat klaagster zich afvroeg of werkgever haar wel mocht vragen om zich medisch te laten keuren heeft zij op 9 september 2016 telefonisch contact opgenomen met het secretariaat van de Commissie. Tijdens het telefoongesprek heeft klaagster onder meer gezegd dat haar werkgever op 8 september 2016 aan haar had gevraagd of zij bereid was om een medische keuring te ondergaan.
- 4.9 Op 12 september 2016 heeft een diezelfde dag per e-mail aangekondigd vervolggesprek plaatsgevonden. Daarin heeft de directeur aan klaagster medegedeeld dat de arbeidsovereenkomst in de proeftijd werd beëindigd omdat er onvoldoende sprake is van een vertrouwensbasis die als fundament kan dienen voor een constructieve en langdurige samenwerking. De beëindiging van het dienstverband is door de werkgever schriftelijk bevestigd (bijlage 3).
- 4.10 Na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft klaagster nog twee maal telefonisch met de directeur gesproken. Volgens klaagster heeft de directeur in dat gesprek bevestigd dat klaagster in het diepe was gegooid. De directeur kon niets beloven, maar zou overwegen om klaagster in een andere functie aan te nemen.
- 4.11 Volgens klaagster is de handelwijze van werkgever in strijd met de Wmk en het Besluit aanstellingskeuringen.
- 4.12 Klaagster verzoekt de Commissie een oordeel uit te spreken.

5. Standpunt werkgever

Kort samengevat komen de standpunten van werkgever op het volgende neer:

- 5.1 In het kader van de indiensttreding van klaagster bij werkgever heeft geen aanstellingskeuring plaatsgevonden.
- 5.2 Werkgever wilde bepaalde wijzigingen doorvoeren bij het KDV waar klaagster werkzaam was. Daarop is klaagster al tijdens de sollicitatieprocedure nadrukkelijk geweest. Aan klaagster is door werkgever de opdracht gegeven om de noodzakelijk geachte veranderingen te realiseren. Twee directe collega's van klaagster, de Manager Kinderdagverblijf Z en een Beleidsmedewerker hebben eind augustus 2016 bij de vorige directeur hun zorgen geuit over de wijze waarop klaagster haar werkzaamheden uitvoerde. Zij waren onder meer van mening dat klaagster zich te veel liet leiden door de teamleden.
- 5.3 Op 1 september 2016 is de nieuwe directeur in dienst getreden.
- 5.4 Tijdens de kennismakingsronde in haar inwerkperiode heeft de directeur van enkele medewerkers zelf te horen gekregen dat klaagster haar functie niet zoals gewenst vervulde, dat zij ook als Pedagogisch medewerker op de groep stond én dat klaagster medicijnen gebruikt. De directeur besloot daarop dit in een gesprek aan klaagster voor te leggen en na te gaan of de beweringen van deze medewerkers juist waren. Omdat de directeur zelf niet bij de sollicitatieprocedure betrokken was geweest is voor het gesprek met klaagster ook de P&O-functionaris uitgenodigd. Dit gesprek tussen de directeur, de P&O-functionaris en klaagster vond plaats op 8 september 2016.

- 5.5 Volgens de directeur van werkgever heeft klaagster gezegd dat zij niet was ingewerkt. Dit bleek bij navraag in de organisatie wel het geval te zijn. Naar de mening van de directeur hoort een Manager Kinderopvang in beginsel niet als Pedagogisch medewerker werkzaamheden te verrichten op een van de groepen van het KDV. Dat gold ook voor klaagster, zeker nu die bij indiensttreding de opdracht had gekregen om een verandertraject uit te werken en te implementeren. Volgens de directeur moet de Manager Kinderopvang organiseren dat er voldoende ander personeel aanwezig is om bijvoorbeeld de diverse groepen te ondersteunen. Werkgever betwist dat bij het KDV sprake is van een hoog ziekteverzuim. Anders dan klaagster stelt heeft zij, volgens werkgever, tijdens het gesprek op 8 september 2016 ontkend dat zij als Pedagogisch Medewerker had gewerkt op een van de groepen op het KDV. Na het gesprek bleek uit het rooster dat klaagster wel degelijk was ingeroosterd om een Pedagogisch medewerker te vervangen. Omdat klaagster op dat moment – naast haar medicijngebruik – zichtbaar afhankelijk was van hulpmiddelen om te bewegen, kwam tijdens dat gesprek ook de vraag op of klaagster bij calamiteiten, bijvoorbeeld een ontruiming, adequaat zou kunnen optreden. Een Pedagogisch medewerker moet immers in voorkomende gevallen uitvoering kunnen geven aan het calamiteitenplan. Dat is in het belang van de veiligheid van de kinderen en medewerkers van het KDV en de verantwoordelijkheid van werkgever. In het gesprek is aan de orde gesteld of dit wellicht met een arbeidsdeskundige besproken zou kunnen worden. Werkgever stelt dat klaagster dit niet nodig vond. Een en ander was reden voor een vertrouwensbreuk, aldus de directeur.
- 5.6 In een tweede gesprek op 12 september 2016 heeft de directeur aangegeven dat het gesprek op 8 september 2016 haar zorgen had doen toenemen. Het verdere verloop van het gesprek heeft de directeur doen inzien dat het beter was om de samenwerking te beëindigen. Dat heeft geleid tot opzegging van de arbeidsovereenkomst binnen de proeftijd, wegens het ontbreken van een voldoende basis van vertrouwen voor de toekomst. Werkgever stelt dat de beëindiging van het dienstverband geen verband houdt met eventuele medische beperkingen van klaagster.
- 5.7 Hoewel de directeur het niet heeft gewaardeerd en onprofessioneel vond dat klaagster na haar ontslag contact heeft opgenomen met de oudercommissie, heeft zij toch contact gezocht met klaagster. Enerzijds omdat de oudercommissie wenste dat er een mediationtraject zou worden gestart en anderzijds omdat zij het vervelend vond om op die manier uit elkaar te gaan én uit zorg voor de goede naam van klaagster en haar toekomstperspectief op de arbeidsmarkt.
- 5.8 Werkgever stelt dat er in dit geval geen sprake is van een aanstellingskeuring in de zin van artikel 1, onderdeel a, van de Wmk.
- 5.9 Werkgever verzoekt de Commissie om de klacht niet-ontvankelijk, dan wel ongegrond te verklaren.

6. Overwegingen van de Commissie

Ontvankelijkheid klacht

- 6.1 Wat de ontvankelijkheid betreft: de klacht ziet op de toepassing van de Wmk en is binnen zes maanden na het ontslag van klaagster bij de Commissie ingediend. De door klaagster ingediende klacht is ontvankelijk.

Bevoegdheid Commissie

- 6.2 De Commissie acht zich bevoegd om over deze klacht te oordelen. De Commissie licht dat hierna toe.
- 6.3 Het is overigens niet aan de Commissie om te oordelen over de vraag of de opzegging van de arbeidsovereenkomst op juiste wijze heeft plaatsgevonden en of – voor zover vereist – er een goede reden ten grondslag ligt aan de onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst tussen werkgever en klaagster.
- 6.4 De Commissie is uitsluitend bevoegd te oordelen over aanstellingskeuringen. Dat zijn keuringen die plaatsvinden in verband met het aangaan of wijzigen van een arbeidsovereenkomst of aanstelling in openbare dienst (artikel 1, onderdeel a, onder 1° en 2°, van de Wmk).
In de Wmk wordt het begrip keuring als volgt gedefinieerd: vragen over de gezondheidstoestand van de keurling en het verrichten van medisch onderzoek.

Moment plaatsvinden aanstellingskeuring

- 6.5 Uit artikel 4 Wmk vloeit de verplichting voort om de keuring te laten plaatsvinden nadat alle overige beoordelingen - behoudens een eventueel antecedentenonderzoek - hebben plaatsgevonden, maar voordat de keurling feitelijk in dienst treedt.
In deze klachtprocedure heeft geen aanstellingskeuring plaatsgevonden voorafgaande aan inwerkingtreding van de arbeidsovereenkomst tussen werkgever en klaagster, althans is daarvan niet gebleken.

Aanstellingskeuring tijdens proeftijd

- 6.6 Voor de beoordeling van de vraag of de Commissie bevoegd is om over deze klacht te oordelen is van belang of sprake is van een aanstellingskeuring tijdens proeftijd en of de Wmk daarop van toepassing is.
- 6.7 Een werknemer is kwetsbaar tijdens de proeftijd. Er mag door de werkgever tijdens de proeftijd geen misbruik van bevoegdheid worden gemaakt om de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang op te zeggen, door dit recht oneigenlijk te gebruiken.
- 6.8 Uitgangspunt van de Wmk is dat aanstellingskeuringen beperkt toelaatbaar zijn; dit teneinde ongerechtvaardigde uitsluiting van de arbeidsmarkt te voorkomen en de privacy van werknemers te beschermen. De aanstellingskeuring mag daarom niet worden gebruikt als instrument van risicoselectie in het kader van ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid van werknemers in de toekomst. Als het verrichten van een aanstellingskeuring wettelijk is toegestaan, vormt deze keuring om die reden het sluitstuk van de selectieprocedure.
Niet-toepasselijkheid van de Wmk op medische keuringen tijdens de proeftijd betekent dat de werkgever een (beperkte) mogelijkheid tot risicoselectie wordt geboden door de keuring te verschuiven naar de proeftijdfase. Dit is naar het

oordeel van de Commissie in strijd met de uitgangspunten van de Wmk.

- 6.9 De Commissie beschouwt het vragen naar de gezondheidstoestand van de keurling, waaronder begrepen het vragen of een keurling bereid is een medisch onderzoek te ondergaan en het verrichten van een medisch onderzoek tijdens de proeftijd en waarvan het antwoord c.q. de uitslag beslissend is voor de continuering van het dienstverband na de proeftijd, dan ook als keuring 'in verband met het aangaan' van de arbeidsverhouding in de zin van artikel 1, lid 1 Wmk. Dat betekent dat de Commissie bevoegd is zich over een dergelijke keuring uit te laten.
- 6.10 Uit de stukken en hetgeen door partijen naar voren is gebracht tijdens de hoorzitting blijkt dat in het gesprek op 8 september 2016 de directeur aan klaagster heeft gevraagd of:
- klaagster medicijnen gebruikte;
 - de fysieke beperkingen van klaagster haar belemmeren om in geval van calamiteiten adequaat op te treden ter bescherming van de veiligheid van de kinderen op het KDV en collega's;
 - klaagster bereid was om een medische keuring te ondergaan.
- Anders dan werkgever stelt in haar verweerschrift is ter hoorzitting gebleken dat het medicijngebruik, de (zichtbare) fysieke beperkingen en medische keuring geen bijzaak, maar hoofdzaak zijn geweest in het gesprek op 8 september 2016. Een en ander wordt bevestigd door het feit dat klaagster de dag na het gesprek meteen contact heeft opgenomen met het secretariaat van de Commissie en in het gesprek heeft aangegeven dat haar werkgever op 8 september 2016 tijdens een 'kennismakingsgesprek' heeft gevraagd naar haar medicatiegebruik en bereidheid om een medische keuring te ondergaan.
- 6.11 Onder keuring wordt in artikel 1 van de Wmk niet alleen het verrichten van medisch onderzoek verstaan, maar ook het stellen van vragen over de gezondheidstoestand. De hiervoor weergegeven vragen van de directeur aan klaagster zijn vragen over de gezondheidstoestand van klaagster en vallen derhalve onder de definitie van het begrip medische keuring in de zin van de Wmk. De vragen zijn door de directeur gesteld voor het verstrijken van de proeftijd.
- Het is aannemelijk dat het antwoord c.q. de reactie van klaagster op de gestelde vragen beslissend zijn geweest voor de continuering van het dienstverband na de proeftijd. De Commissie beschouwt de door werkgever aan klaagster gestelde vragen over en in verband met haar gezondheidstoestand dan ook als keuring 'in verband met het aangaan' van de arbeidsovereenkomst tussen werkgever en klaagster. Deze keuring is een aanstellingskeuring in de zin van de Wmk. De Commissie acht zich dan ook bevoegd.
- 6.12 Ten overvloede merkt de Commissie op dat het naar haar oordeel in dit geval niet ging om een intredekeuring (nulmeting) die de werknemer op basis van vrijwilligheid ondergaat en waarvan de uitslag niet bekend wordt gemaakt aan de werkgever. Een intredekeuring valt buiten het bereik van de Wmk.

Niet voldaan aan de eisen Wmk en Besluit aanstellingskeuringen

- 6.13 Nu de Commissie bevoegd is dient zij na te gaan of werkgever in het kader van de uitvoering van de aanstellingskeuring van klaagster heeft voldaan aan de eisen die de Wmk en het Besluit aanstellingskeuringen stellen.

Naar het oordeel van de Commissie is door de werkgever van klaagster aan meerdere eisen niet of niet volledig voldaan. Omdat werkgever de vragen naar de gezondheidstoestand van klaagster tijdens het gesprek op 8 september 2016 in de proeftijd niet beschouwt als een aanstellingskeuring in de zin van de Wmk, wekt dat geen verbazing. De Commissie bespreekt deze eisen hierna.

Moment plaatsvinden aanstellingskeuring

- 6.14 Allereerst verklaart de Commissie de klacht over de medische keuring tijdens proeftijd gegrond, omdat de gang van zaken in deze zaak strijdig is met de uit artikel 4, lid 2, van de Wmk voortvloeiende verplichting om de aanstellingskeuring te laten plaatsvinden voordat de keurling feitelijk in dienst treedt.

Bijzondere functie-eisen

- 6.15 Voorts bepaalt artikel 4, lid 1, van de Wmk in samenhang met artikel 3, lid 1 van het Besluit aanstellingskeuringen dat een aanstellingskeuring alleen mag plaatsvinden, indien aan de vervulling van de betreffende functie en de daarbij behorende taken bijzondere eisen op het punt van medische geschiktheid moeten worden gesteld.

- 6.16 Onder bijzondere eisen op het punt van medische geschiktheid wordt verstaan:
- de bescherming van de gezondheid en de veiligheid van de keurling en van derden bij de uitvoering van de desbetreffende arbeid; en
 - de risico's voor de gezondheid en de veiligheid, die niet met gangbare maatregelen, overeenkomstig de stand der wetenschap en professionele dienstverlening, kunnen worden gereduceerd. De risico's die met de functie samenhangen moeten dus in eerste instantie zoveel mogelijk door de werkgever worden voorkomen door het treffen van preventieve maatregelen.

- 6.17 Werkgever heeft geen bijzondere medische functie-eisen geformuleerd voor de functie van Manager Kinderopvang en overigens ook niet voor de functie van Pedagogisch medewerker.

Tijdens de hoorzitting heeft werkgever aangegeven dat er geen sprake is van bijzondere medische functie-eisen voor de functie van Manager Kinderopvang, die door klaagster werd vervuld. Mogelijk dat er wel bijzondere functie-eisen zouden kunnen gelden voor de functie Pedagogisch medewerker die klaagster in de zomer van 2016 incidenteel heeft waargenomen. Dergelijke functie-eisen zijn door werkgever niet schriftelijk vastgelegd. Deze bijzondere functie-eisen zijn overigens in dit kader niet relevant, omdat klaagster niet is aangesteld als Pedagogisch medewerker.

Aan de vraag of de wijze van totstandkoming van bijzondere medische functie-eisen voor de functie van Manager Kinderopvang aan de eisen van de artikelen 4 en 8 van de Wmk en artikelen 3, 4 en 5 van het Besluit aanstellingskeuringen voldoet, komt de Commissie dan ook niet toe.

Ook om deze reden had geen aanstellingskeuring mogen plaatsvinden en is de klacht gegrond.

Keurend arts

- 6.18 Daarnaast bepaalt artikel 4, tweede lid van de Wmk, laatste volzin dat het alleen aan een keurend arts (bedrijfsarts) is toegestaan om vragen te stellen of anderszins inlichtingen in te winnen over de gezondheidstoestand van de keurling of over ziekteverzuim in het verleden. Een aanstellingskeuring door een

bedrijfsarts is met voldoende waarborgen omkleed. De bewegingsruimte van de bedrijfsarts in het kader van een aanstellingskeuring wordt grotendeels begrensd door de bijzondere functie-eisen op het punt van medische geschiktheid, de wetten en regels voor medisch beroepsgeheim en privacy en hetgeen is vastgelegd in de Toetsingscriteria van de Commissie.

De bedrijfsarts mag de keuring alleen ondervragen en onderzoeken op aspecten die relevant zijn voor de bijzondere functie-eisen op het punt van medische geschiktheid (artikel 2, lid 1, van de Wmk). Daarnaast dient de bedrijfsarts de verkregen informatie die geen betrekking heeft op deze eisen buiten beschouwing te laten bij zijn oordeel (artikel 2, lid 2, van de Wmk).

Werkgever is geen bedrijfsarts en had aan klaagster dan ook geen vragen mogen stellen over het gebruik van medicijnen, fysieke beperkingen en haar bereidheid om een medische keuring te ondergaan, laat staan niet gerichte vragen en zonder dat sprake is van bijzondere functie-eisen. Ook om die reden is de klacht gegrond. Gelet op het ontbreken van voldoende waarborgen en de betrokkenheid van ter zake niet c.q. onvoldoende deskundige personen (de directeur en de P&O-functionaris) die op grond van de Wmk geen aanstellingskeuring mogen verrichten, is de Commissie bovendien van mening dat sprake is van onevenredige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van klaagster (artikel 3 Wmk).

Overige eisen

- 6.19 Ten overvloede merkt de Commissie op dat werkgeefster niet heeft voldaan aan overige uit de Wmk en het Besluit aanstellingskeuringen voortvloeiende eisen. Omdat werkgever de vragen naar de gezondheidstoestand tijdens de proeftijd ten onrechte niet als een aanstellingskeuring in de zin van de Wmk heeft beschouwd, heeft klaagster ook geen beroep kunnen doen op de bescherming die zij geniet op grond van artikel 10 (onafhankelijkheid, deskundigheid en geheimhouding), artikel 11 (weigeren van medewerking), artikel 12 (recht op herkeuring) van de Wmk en artikel 5 (recht op informatie over mogelijkheid van indienen klacht bij de Commissie) van het Besluit aanstellingskeuringen.

7. Oordeel van de Commissie

Op grond van bovenstaande overwegingen komt de Commissie tot het navolgende oordeel:

De klacht is ontvankelijk.

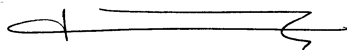
De Commissie is bevoegd.

De vragen over de gezondheidstoestand die werkgever tijdens de proeftijd aan klagster heeft gesteld beschouwt de Commissie als keuring in verband met het aangaan van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 1, onderdeel a, onder 1, van de Wmk. Er is sprake van een aanstellingskeuring in de zin van de Wmk.

Deze aanstellingskeuring had op grond van de Wmk en het Besluit aanstellingskeuringen niet mogen plaatsvinden.

De werkgever heeft in het kader van (de uitvoering van) de aanstellingskeuring van klagster niet voldaan aan de eisen van de Wmk en het Besluit aanstellingskeuringen.

De klacht is gegrond.



mr. drs. E.P. Harderwijk
voorzitter



mr. M.J.M. Bach
secretaris

Den Haag, 16 maart 2017