

Een vaccinatieplicht?

LEGAL
INSTANT
NEWS



Mag een werkgever op Aruba invloed uitoefenen op de beslissing van de werknemer om zich wel of niet te laten vaccineren?

Mei 2021

LEGAL INSTANT NEWS

INLEIDING

Er bestaat op Aruba geen wettelijke grondslag voor een werkgever om zijn werknemers tegen hun wil te dwingen om zich te laten vaccineren tegen COVID-19. Zo een algemene vaccinatieverplichting druist in tegen het grondrecht van de werknemer op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Indien een werknemer vaccinatie weigert op grond van religieuze redenen, dan speelt tevens het grondrecht vrijheid van godsdienst een rol.

De vraag rijst of de werkgever dan wel invloed mag uitoefenen op de beslissing van de werknemer om zich wel of niet te laten vaccineren door het verbinden van zekere gevolgen aan het niet vaccineren?

Het antwoord op die vraag zal in veel gevallen ontkennend dienen te worden beantwoord. Door het verbinden van gevolgen aan het niet laten vaccineren wordt de beslissingsruimte van de werknemer door de werkgever beknot. Er is dan weliswaar geen sprake van een vaccinatieplicht, maar wel van een zekere mate van vaccinatiedrang. Vanwege de genoemde hierbij betrokken grondrechten, zal die drang veelal strijd opleveren met het beginsel van goed werkgeverschap.

Slechts onder zeer uitzonderlijke

omstandigheden kan een inbreuk op een grondrecht van de werknemer door de werkgever desondanks gerechtvaardigd zijn. Daarbij moet beoordeeld worden of de inbreuk een legitiem doel dient, noodzakelijk en evenredig is in verhouding tot het belang van de werkgever (proportionaliteit) en niet op een minder ingrijpende wijze kan worden bereikt (subsidiariteit).

Hierna zullen verschillende maatregelen tegen de achtergrond van deze maatstaf onder de loep worden genomen. Daarbij dient men eerst het belang van de werkgever in kaart te brengen.

HET BELANG VAN DE WERKGEVER

Het belang van de werkgever bij het vaccineren van werknemers is voornamelijk gelegen in diens wettelijke verplichting om de veiligheid en gezondheid van werknemers zoveel mogelijk te waarborgen en al die maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Dit omvat tevens het trachten te voorkomen van besmettingen op de werkvloer. Voorts heeft de werkgever ook een zekere zorgplicht jegens derden die in het kader van de bedrijfsvoering in aanraking komen met de

LEGAL INSTANT NEWS

werknemers of het bedrijfspannend bezoeken. Het bedrijfsbelang bestaat tevens uit het voorkomen van de plicht tot loondoorbetaling in geval van ziekte van de werknemer.

De zorgplicht van de werkgever jegens werknemers en derden brengt met zich mee dat de werkgever hygiënevoorschriften in acht moet nemen, werknemers voorlicht over de bestrijding van COVID-19 op de werkvloer en voldoende adequaat toezicht moet houden op de naleving van de getroffen maatregelen.

WEIGEREN TOELATING WERK / OPSCHORTEN LOONDOORBETALING

Kan de werkgever een werknemer die zich niet wenst te laten vaccineren de toelating tot de werkvloer weigeren zonder doorbetaling van het loon?

Het wettelijk uitgangspunt is: geen arbeid, geen loon. Maar de wet bepaalt ook dat de werknemer zijn aanspraak op loon behoudt, indien het niet werken komt door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. Indien de werkgever beslist dat hij de werknemer, die zich beschikbaar houdt om te werken maar zich niet wenst te vaccineren, niet meer toelaat tot de werkvloer, dan is dat in beginsel een oorzaak die in

redelijkheid voor rekening van de werkgever komt. De hierboven besproken zorgplicht van de werkgever jegens zijn werknemers en derden gaat namelijk niet zover dat van een werkgever kan worden verwacht dat hij ervoor moet zorgen dat zijn werknemers allemaal gevaccineerd zijn en dat hij de werknemers die niet gevaccineerd zijn de toelating tot het werk moet weigeren.

Op dit algemene uitgangspunt zijn uitzonderingen denkbaar indien specifieke omstandigheden het belang van de werkgever doen prevaleren boven het belang van de werknemer. Het is bijvoorbeeld verdedigbaar dat de verder reikende zorgplicht van een zorginstelling zoals een ziekenhuis, waarbij men tevens te maken heeft met kwetsbare patiënten en een vergrote mate van besmettingsrisico, de beoordeling in het voordeel van de werkgever doet uitvallen en de rechter de oorzaak in redelijkheid wél voor rekening van de weigerachtige werknemer laat komen. Dat zal met name het geval zijn indien de gezondheid van werknemers en derden niet op een andere minder ingrijpende wijze zal kunnen worden gewaarborgd, zoals door het dragen van persoonlijke beschermingsmiddelen. Maar dan zal ook eerst moeten worden gekeken of overplaatsing van de

LEGAL INSTANT NEWS

werknemer naar een minder kwetsbare of risicovolle afdeling c.q. werkomgeving mogelijk is, ook al vergt dit enige aanpassingen door de werkgever.

Het verplichten tot het dragen van een mondkapje in een tijd waarin er van grootschalige vaccinatie nog geen sprake is, valt bijvoorbeeld wel onder de zorgplicht van de werkgever om te zien op de naleving van de geldende gezondheidsprotocollen ter voorkoming van besmetting op de werkvloer. Dit betreft, in tegenstelling tot verplichte vaccinatie, geen (te) vergaande inbreuk op de lichamelijke integriteit en staat in verhouding tot het daarmee te bereiken legitieme doel. In zo een geval heeft de rechter dan ook geoordeeld dat de oorzaak voor het niet werken voor rekening kwam van de werknemer, die onvoldoende zwaarwegende redenen had aangevoerd ter onderbouwing van zijn weigering om aan de redelijke instructie tot het dragen van een mondkapje te voldoen. De werkgever mocht gerechtvaardigd de loondoorbetaling opschorten.

Al met al zal de rechter beoordelen of de opdracht van de werkgever redelijk is en binnen zijn instructiebevoegdheid valt en vervolgens een belangenafweging maken. De werknemer zal zijn weigering goed moeten

onderbouwen. Terwijl de werkgever zal moeten aantonen dat de vaccinatie noodzakelijk is, objectief gezien geen gevaar voor de gezondheid van de werknemer oplevert en er geen andere alternatieven zijn voor het voldoende kunnen waarborgen van de gezondheid van de overige werknemers en derden.

FUNCTIEWIJZIGING

Een andere maatregel was al kort ter sprake gekomen, te weten het overplaatsen van de werknemer naar een andere afdeling. Indien dit geen verandering met zich meebrengt qua aard van de te verrichten werkzaamheden, de arbeidstijden of afstand woon-werkverkeer, dan kan de werkgever hier in principe eenzijdig toe besluiten. Het behelst dan immers geen wijziging van de arbeidsvoorwaarden.

Overplaatsing met behoud van functie, voor zover mogelijk, verdient de voorkeur boven een functiewijziging.

Is er namelijk sprake van een functiewijziging, dan is dit onder het huidige Arubaanse arbeidsrecht als eenzijdige wijziging door de werkgever niet toegestaan. De werkgever zal dus moeten verifiëren of de werknemer instemt met de functiewijziging. Indien het voorstel van de werkgever onder de gegeven gewijzigde omstandigheden

LEGAL INSTANT NEWS

redelijk is, er een passende functie wordt aangeboden en er geen andere minder verstrekkende maatregelen mogelijk zijn, terwijl er geen zwaarwegende belangen zijdens de werknemer zich hiertegen verzetten, dan zal van de werknemer mogen worden verwacht het voorstel te aanvaarden. Doet de werknemer dat desondanks niet, dan kan de rechter worden verzocht om de arbeidsovereenkomst conform het voorstel van de werkgever te wijzigen en de loondoorbetalingsverplichting op te schorten voor de duur dat de werknemer de gewijzigde functie weigert te vervullen.

ONTSLAG OP STAANDE VOET

Voorop gesteld wordt dat ontslag op staande voet als ultimum remedium moet worden beschouwd. In de rechtspraak is beslist dat het bij herhaling niet voldoen aan een redelijke opdracht van de werkgever een dringende reden voor ontslag op staande voet kan opleveren. Hier zal wederom de belangenafweging moeten worden gemaakt tussen de bezwaren van de werknemer en de belangen van de werkgever, afgezet tegen de eisen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. Alle andere minder verstrekkende reële alternatieven moeten dan door de werkgever volledig zijn uitgeput, zowel voor wat betreft de

waarborging van de veiligheid op de werkvloer als de maatregelen richting de weigerachtige werknemer. Tevens dienen steekhoudende bezwaren zijdens de werknemer te ontbreken. De lat ligt daarbij ter bescherming van de werknemer en de in het spel zijnde grondrechten dermate hoog, dat het in de lijn der verwachting ligt dat een ontslag op staande voet in rechte geen stand zal houden.

ONTBINDING

In het verlengde van hetgeen hierboven is besproken voor wat betreft de functiewijziging, zou indien de werknemer het redelijke voorstel daartoe van de werkgever niet aanvaardt, de rechter ook kunnen worden verzocht om de arbeidsovereenkomst op grond van gewijzigde omstandigheden te ontbinden, in plaats van conform het voorstel te wijzigen. Heeft de werknemer zich uiterst onredelijk opgesteld en hebben pogingen van de werkgever tot elkander te komen niet geholpen, dan kan daar tevens een onherstelbaar verstoorde arbeidsrelatie aan ten grondslag worden gelegd.

CONCLUSIE

Bij elke maatregel zal van geval tot geval moeten worden gezien welke belangen zich laten gelden. Omdat aan de zijde van de werknemer belangrijke grondrechten een rol spelen,

LEGAL INSTANT NEWS

kan er van een algemene vaccinatieplicht geen sprake zijn. De maatregelen van de werkgever ten opzichte van een werknemer die zich weigert te laten vaccineren mogen de facto ook niet neerkomen op een ongeoorloofde vaccinatiedrang. Er zijn verschillende horden welke een werkgever moet nemen in verband met de eisen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit alvorens een maatregel als redelijk kan worden bestempeld. In de regel zal men op een minder ingrijpende wijze toch afdoende de gezondheid op de werkvloer kunnen waarborgen middels bijvoorbeeld persoonlijke beschermingsmiddelen en hygiënevoorschriften. Slechts indien de aard van de bedrijfsvoering een verhoogd risico op besmetting en extra kwetsbaarheid van werknemers of derden met zich meebrengt, kan dit anders komen te liggen. Vervolgens zal het voorstel zijdens de werkgever moeten worden afgezet tegen de bezwaren van de individuele werknemer. Tevens zal de werkgever moeite dienen te doen om de werknemer die zich weigert te vaccineren elders binnen de onderneming passende werkzaamheden aan te bieden en dit proces te faciliteren. Mocht ook dit niet mogelijk zijn of door de werknemer worden geweigerd, dan komt men pas toe aan de andere maatregelen, waarbij die

van ontslag de minste kans van slagen heeft.

VRAGEN

Heeft u vragen over welke mogelijkheden u ten dienste staan in uw specifiek geval, of wenst u dat iemand meedenkt bij het opstellen van uw personeelsbeleid? Neem dan contact op met de specialisten van HBN Law & Tax.



hbn | law & tax

If you have any questions case, please feel free to contact us.

Eline Lotter Homan

T. +297 588 60 60

E. Eline.Lotterhoman@hbnlawtax.com

Employment Law

Misha Bemer

T. +297 588 60 60

E. Misha.Bemer@hbnlawtax.com

Employment Law

Amsterdam

Concertgebouwplein 7

1071 LL Amsterdam

The Netherlands

T. +31 20 303 3020

E. info@hbnlawtax.com

Aruba

Beatrixstraat 38

Oranjestad, Aruba

T. +297 588 6060

E. info@hbnlawtax.com

Bonaire

Bulevar Gob. N. Debrot 20

Kralendijk, Bonaire

Caribbean Netherlands

T. +599 717 6944

E. info@hbnlawtax.com

Curaçao

L.B. Smithplein 3

Willemstad, Curaçao

T. +5999 4343300 (general)

T. +5999 7325400 (tax)

E. info@hbnlawtax.com

Sint Maarten

W.G. Buncamper Road 33

Philipsburg, St. Maarten

T. +1 721 542 2272

E. info@hbnlawtax.com

©2016 HBN Law & Tax | The information provided in this document is for general information purposes only and does not constitute legal or other professional advice. No rights can be derived with respect to its reliability for specific purposes and no warranty is given to its accuracy or completeness.