



Licht aan het einde van de tunnel?

Mag een werkgever een veilige werkplek creëren middels het afdwingen van een vaccinatie en/of een coronatest bij de werknemer?

Introductie



De laatste maanden zijn er een behoorlijk aantal vaccins op de eilanden gezet. Meer en meer inwoners laten zich vaccineren, hetgeen tevens gepaard gaat met een daling van het aantal besmettingen. Nu ook steeds meer inwoners antistoffen in hun lichaam hebben tegen het coronavirus zijn ook de lokale overheden op de eilanden de maatregelen aan het versoepelen.

De versoepelingen hebben ook een effect op de arbeidsvloer. Gelet op het feit dat steeds meer werkgevers weer hun winkel kunnen openen. Ook is het weer mogelijk voor werkgevers om grotere groepen werknemers tegelijk toe te laten op de arbeidsvloer. Daarbij is nu ook het vliegen vanuit het buitenland naar de eilanden weer makkelijker gemaakt, hetgeen op de eilanden – waar een groot deel van de productiviteit afkomstig is uit toerisme – een aantrekkende werking heeft voor het werkaanbod.

Hoewel er dus weer betere tijden aan de horizon gloren, is ook niet alles (direct) weer terug bij het oude. Immers, het staat nu wel vast dat een deel van de bevolking zich niet laat vaccineren. Een deel daarvan wellicht wegens praktische obstakels, maar een deel ook omdat zij er bewust van afzien. Voor de werkgever blijft deze categorie mensen een factor om mee rekening te blijven houden. Immers, de kans dat een deel van de werkvloer (langdurig) ziek raakt, en daarmee voor langere tijd uitvalt, blijft hiermee in stand.

Los van de eigen werknemers zal de werkgever ook belang hebben bij een beschermde omgeving voor zijn klanten. Een hotel welke haar gasten, min- of meer, een onbezorgde vakantie kan garanderen zal immers beter worden bezocht. De werkgever heeft al met al dus veel te winnen in het veiligstellen van een beschermde werkplek.

Hoewel de werkgever veel te winnen heeft bij het afdwingen van vaccinatie en/of het laten testen van de werknemers, kan de werkgever niet om het (arbeids)recht heen. Het afdwingen van vaccinatie of het laten testen van de werknemer druist immers al snel in met enkele grondrechten van de werknemer. Desalniettemin kan het werkgeversbelang in bepaalde situaties prevaleren boven het belang van de individuele werknemer.

Deze nieuwsbrief is bedoeld om een idee te geven van de aspecten die spelen bij de keuzes die de werkgever dient te maken om de werknemers te beschermen tegen besmettingen. Vooral wordt uitgelegd hoever de werkgever mag gaan in zijn instructierecht jegens de werknemer.

Mocht u over deze nieuwsbrief vragen hebben, dan staan onze specialisten graag voor u klaar. Middels het aanklikken van het desbetreffende (ei)land onderaan iedere pagina, komt u direct bij de desbetreffende contactpersoon terecht.

Namens de sectie Arbeidsrecht,

Darlène A. Matroos-Piar
Advocaat arbeidsrecht | Partner bij HBN Law & Tax

Vaccinatieplicht op de werkvloer

Vaccinaties

Er bestaat op de eilanden geen wettelijke grondslag voor een werkgever om zijn werknemers tegen de wil in te dwingen om zich te laten vaccineren tegen het coronavirus. 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 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 een werknemer 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). Waar kan men bij een legitiem doel aan denken? Het door de werknemers verplicht ondergaan van een bloedtest om (eventueel gevaarlijke) loodwaarden in het bloed te meten is eerder door de Hoge Raad beoordeeld als een gerechtvaardigde inbreuk op de persoonlijke levenssfeer omdat het doel ervan was gezondheidsrisico's voor werknemers te beperken.

Ook dichter bij huis oordeelde het Gemeenschappelijk Hof van Justitie op Aruba dat een verplichte alcohol- en drugscontrole een gerechtvaardigde inbreuk kan zijn op de grondrechten van de werknemer. Het Hof nam hierin de bescherming van de gasten van het hotel (mede) als legitiem doel mee in de afweging.

Belang

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 werknemers of het bedrijfspand bezoeken.

Het bedrijfsbelang bestaat tevens uit het voorkomen van de plicht tot loondoorbetaling in het 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 het coronavirus op de werkvloer en voldoende adequaat toezicht moet houden op de naleving van de getroffen maatregelen.

Registreren

Naast het arbeidstechnische aspect, dient een werkgever eveneens rekening te houden met de praktische problemen die spelen bij een vaccinatieplicht. Immers, de werkgever zal veelal niet op de blauwe ogen van de werknemer willen afgaan of hij/zij zich gevaccineerd heeft. Het door de werknemer tonen van een vaccinatiebewijs is, mits vrijwillig gedaan, niet in strijd met de privacywetgeving. De wetgeving verbiedt het de werkgever immers vooral om bijzondere persoonsgegevens te 'verwerken'. Hoewel het begrip verwerken erg ruim gedefinieerd is, valt het inzien van een vaccinatiebewijs hier niet per definitie onder. Het vaccinatiebewijs an sich zegt wel iets over de vraag of de werknemer gevaccineerd is te ja dan te nee. Dit zegt weer iets over de

gezondheid van de werknemer. Om die reden kwalificeert het verwerken van de vraag of een werknemer gevaccineerd is dan ook als een bijzonder persoonsgegeven in de zin van artikel 21 van de Landsverordening, of Wet, bescherming persoonsgegevens. Het verwerken van de vraag of de werknemer zich heeft gevaccineerd mag dus in beginsel niet.

Sollicitant

Veel werkgevers zijn momenteel zoekende naar nieuw, gekwalificeerd, personeel nu de versoepelingen zijn afgekondigd. Veelal zal het de voorkeur van de werkgever genieten om een werknemer aan te nemen welke al reeds gevaccineerd is. Kan de werkgever als vereiste in de vacature opnemen dat vaccinatie verplicht is?

Het is niet uitgesloten, maar wel erg lastig om een dergelijke functie-eis te stellen. Met zo'n eis maakt de werkgever immers een onderscheid dat hij wettelijk moet kunnen onderbouwen (subsidiariteit en proportionaliteit). Mocht de werkgever kunnen onderbouwen waarom hij het voor de functie noodzakelijk acht dat de toekomstige werknemer gevaccineerd is, dan dient hij een potentiële kandidaat te laten keuren door de bedrijfsarts. De bedrijfsarts mag

immers wèl vragen of een sollicitant gevaccineerd is. Dit mag de bedrijfsarts vervolgens alleen niet mededelen aan de werkgever. De bedrijfsarts mag namelijk slechts aan de werkgever mededelen of een sollicitant medisch geschikt is voor de functie waarop wordt gesolliciteerd. De reden daarvoor mag niet aan de werkgever worden medegedeeld.

Echter, als de werkgever als functie-eis opneemt in de vacature dat de werknemer gevaccineerd dient te zijn, en de bedrijfsarts keurt de kandidaat medisch geschikt voor de functie, dan kan de werkgever er wel uit afleiden dat de kandidaat dus gevaccineerd is. Dit bijt niet met de privacywetgeving nu de werkgever geen medische gegevens verwerkt van de werknemer. De bedrijfsarts zelf is uitgezonderd van het verbod op het verwerken van bijzondere persoonsgegevens in artikel 21 lid 2 van de Landsverordening, of Wet, bescherming persoonsgegevens.



T estplicht op de werkvloer

Testen

In beginsel kan de werkgever de werknemer ook niet verplichten zich te laten testen, omdat dit evenzo een inbreuk op de grondrechten van de werknemer oplevert. Er bestaat nog geen wettelijke uitzondering om dit mogelijk te maken. In de toekomst is het denkbaar dat die uitzondering er wel komt en werknemers moeten kunnen aantonen dat zij niet besmet zijn met het coronavirus door een vaccinatiebewijs, een negatieve testuitslag of een bewijs van antistoffen.

Heeft de werkgever een legitieme reden om de werknemer dringend te verzoeken om zich te laten testen, dan kan alleen een (bedrijfs)arts de werknemer controleren. Waar bedrijfsartsen momenteel de werknemer veelal zal verwijzen naar de publieke gezondheidsdienst, is het niet ondenkbaar dat wanneer de zelftesten meer op de markt komen, de bedrijfsarts dit geheel overneemt.

De bedrijfsarts mag vervolgens veelal niet aan de werkgever mededelen of de werknemer wel of niet besmet is, maar zal wel een oordeel moeten vellen of de werknemer nog geschikt is om op de werkvloer plaats te nemen. Dit oordeel dient de bedrijfsarts wèl met de werkgever te delen. Daarnaast is de werknemer uiteraard verplicht, in het kader van bron- en contactonderzoek, om de werkgever en zijn collega's te informeren indien de uitslag van de test positief mocht zijn en hij zich recent op de werkvloer bevonden heeft.

Waar een werkgever zich zeer terughoudend dient op te stellen bij het vragen of een werknemer zich heeft laten vaccineren, is de Autoriteit Persoonsgegevens in Nederland van mening dat dit aspect bij testen zich geheel in het arbeidsrechtelijk domein bevindt. Het antwoord op de vraag of de werkgever de werknemer mag vragen om zich te laten testen dient dan ook naar het arbeidsrecht te worden beantwoord, aldus

de Autoriteit Persoonsgegevens. De Nederlandse Vereniging van Arbeids- en Bedrijfsgeneeskunde stelt in haar advies dat:

“De NVAB is van mening dat de werknemer als ‘goed werknemer’ én in het belang van de volksgezondheid mee zou moeten werken aan een corona test. Deze test is niet ernstig belastend en maakt maar een geringe inbreuk op de lichamelijke integriteit. Het zwaarwegende belang voor de volksgezondheid én het nadrukkelijke advies van het RIVM maakt dat de werknemer een dergelijke inbreuk zou moeten dulden.”

In de belangenafweging binnen het arbeidsrecht zal het zeker zo zijn dat van een werknemer eerder gevraagd kan worden dat hij meewerkt aan een corona test dan aan een vaccinatieplicht. Op heden heeft zich echter nog geen procedure voorgedaan waarin een werknemer door de rechter gehouden werd om een corona test te doen.

Kijkend naar de rechtspraak die eerder is geweest over het verplicht afleggen van een bloedtest en een alcohol- en drugscontrole valt het echt niet uit te sluiten dat een rechter akkoord gaat met het verplicht ondergaan van een corona test alvorens de werknemer toegang krijgt tot de werkvloer. Weigert de werknemer dit alsnog, dan zou opschorting van het loon een logisch gevolg kunnen zijn.

Vrijwilligheid

Het is op dit moment al onder een aantal voorwaarden toegestaan om als werkgever werknemers op vrijwillige basis zelftesten aan te bieden alvorens zij naar het werk komen. Hierbij dient wel, eveneens, de regels met betrekking tot de privacywetgeving in acht te worden genomen. Van belang is dat werknemers niet verplicht zijn de uitslag van de test te delen, de uitslag van een test niet kan worden herleid tot een specifiek persoon en hieraan geen (geautomatiseerde) gevolgen kunnen worden verbonden. Als werkgever is

het niet toegestaan om zelf testen af te nemen en ook is het niet toegestaan om de uitslagen van testen te verwerken. Het is dus op dit moment alleen mogelijk om werknemers op vrijwillige basis een test aan te bieden en werknemers te instrueren



naar de uitslag van de test te handelen en bij een positieve test thuis te blijven.

Grenzen zorgplicht

Veel werkgevers zullen op basis van het bovenstaande van mening zijn dat zij in een hopeloze spagaat zitten. Zij worden immers bij wet verplicht om de medewerkers, en derden, op de werkvloer te beschermen tegen besmettingen. Anderzijds zullen zij het idee hebben dat de tools om dit daadwerkelijk te bewerkstelligen hen wordt afgenomen. De werkgever verzinkt immers in het moeras aan wet- en regelgeving ter zake privacy-, grond- en arbeidsrechten op het moment dat hij zijn instructierecht dan ook daadwerkelijk wenst uit te oefenen. De vraag is dan ook, hoe ver reikt die zorgplicht dan ook daadwerkelijk? In een uitspraak van de rechtbank Den Haag, gepubliceerd in mei 2021, gaat de rechter uitgebreid in op de zorgplicht. Het ging hier niet om het coronavirus, maar om een besmetting op de werkvloer van het tuberculose virus bij een verslavingskliniek (waar de meeste besmettingen voorkomen met het tuberculosevirus). De meest dodelijke infectieziekte na corona. In deze zaak oordeelde de rechtbank over de vraag of een tuberculose-besmette werknemer in de verslavingszorg schade op de werkgever kan verhalen. Naar het oordeel van de

rechter is dit niet het geval omdat de werkgever haar werknemers niet kan verplichten om zich te laten vaccineren en ook niet verplicht was om preventief te testen. Nadat de tbc-besmetting bekend was, heeft werkgever voldoende adequaat gehandeld, aldus de rechtbank. De werkgever mag volstaan met het naleven van het landelijke tuberculosebeleid. Het oordeel was dan ook dat de werkgever niet tekort was geschoten in de op haar rustende zorgplicht en dus ook niet aansprakelijk voor de besmetting op de werkvloer was. De zorgplicht van de werkgever was in dit geval 'slechts' een inspanningsverplichting, en niet een resultaatsverplichting.

Mogelijk biedt deze uitspraak handvatten voor eventuele gerelateerde aansprakelijkheidskwesties ter zake het coronavirus. Al zal van de werkgever in het kader van het coronavirus, welke de status van een pandemie kent, vele malen meer inspanningen verwacht worden. Immers, de gehele maatschappij schikt zich al ruim een jaar aan de nieuwe realiteit. Een werkgever zal dan ook niet snel achter kunnen blijven. Het oordeel van de rechter biedt echter wel wat lucht voor de werkgevers die het gevoel hebben in een spagaat te verkeren.

Arbeidsrechtelijke consequenties

Ongevaccineerde

In een andere nieuwsbrief gaan we uitgebreid in over de maatregelen welke de werkgever mag inzetten om medewerkers, en derden, te beschermen van het in contact komen met ongevaccineerde werknemers. Denk hierbij aan een (tijdelijke) functiewijziging, overplaatsing of gedwongen thuiswerken. In deze nieuwsbrief gaan we in op de vraag of de werkgever ook arbeidsrechtelijke consequenties kan verbinden aan het feit dat de werknemer zich niet laat vaccineren of testen. Niet ondenkbaar is immers de situatie dat werkgever en werknemer lijnrecht tegenover elkaar komen te staan in de coronadiscussie. Moeten partijen dan nog wel verder met elkaar?

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 dit een dringende reden voor ontslag op staande voet kan opleveren. Hier zal een 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 verstrekende 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 tijdens de werknemer te ontbreken. De lat ligt daarmee, 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 van een werknemer die een vaccinatie weigert in rechte geen stand zal houden. Ware het alleen al dat het belang

aan de zijde van de werkgever wellicht evenzo verholpen kan worden door het uitvoeren van snel testen. Mag een werknemer welke een test weigert dan ontslagen worden?

Voor het antwoord op die vraag grijpen arbeidsjuristen veelal terug naar het arrest van de Hoge Raad uit 2015. In die zaak weigerde een brandwacht een bloedtest om het loodgehalte in zijn bloed te bepalen. De werkgever was actief op het terrein van BP, een lood verwerkend bedrijf. BP stelde aan alle werknemers, werkzaam op zijn terrein, verplicht, dat het bloed gecontroleerd moest worden op het loodgehalte bij het begin en bij het eind van de werkzaamheden. Dat was ter bescherming van de gezondheid van de werknemer. De test zou bestaan uit een bloedtest én urinetest. Behalve dat hij niet tegen spuiten kon, wilde de werknemer om hem moverende redenen niet toelichten waarom hij de bloedtest weigerde.

Vanwege deze weigering, de werknemer kon nu geen werk verrichten bij BP, ontsloeg de werkgever de brandwacht op staande voet. Als brandwacht had de werknemer zo'n test kunnen verwachten, aldus het hof. Daarbij had de werkgever een belang bij de test: hij kon anders de werkzaamheden op het terrein van BP niet uitvoeren. Een andere manier om het loodgehalte te testen was er niet. BP stelde namelijk én een bloedtest én een urinetest verplicht. De Hoge Raad liet uiteindelijk het oordeel van het hof in stand: het ontslag op staande voet was terecht. In dit geval ging het wel om de bescherming van de gezondheid van de werknemer, bij de coronatest gaat het voornamelijk om de bescherming van het algemeen belang. Niet ondenkbaar is dan ook dat een rechter beslist dat een werknemer gehouden kan worden tot het afleggen van een coronatest. Weigert de werknemer deze opdracht, dan zou een ontslag op staande voet eventueel een geëigend middel zijn.

Ontbinding

Als de werknemer niet zelf mee wil werken aan een beëindiging, denk aan het tekenen van een beëindigingsovereenkomst, dan resteert de werkgever

een weg naar het Gerecht om ontbinding te vragen. De werkgever zal dan aannemelijk moeten maken en goed moeten motiveren waarom het werk alleen gedaan kan worden door gevaccineerde of geteste werknemers. De werkgever zal bij een dergelijk ontbindingsverzoek ook de herplaatsing van de werknemer moeten onderzoeken. Dat betekent dat de werkgever zal moeten kijken of de werknemer andere werkzaamheden kan doen, waarbij vaccinatie of testen niet noodzakelijk is. Ook de mogelijkheden voor overplaatsing dienen te worden onderzocht. De werkgever moet motiveren waarom de werknemer geen vervangend werk kan doen. In het verlengde van hetgeen in een andere nieuwsbrief 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. Heeft de werknemer zich uiterst onredelijk opgesteld en hebben pogingen van de werkgever tot elkander te komen niet geholpen, dan kan tot slot nog een onherstelbaar verstoorde arbeidsrelatie ten grondslag worden gelegd aan een

ontbindingsverzoek. Alvorens wij een dergelijke stap tot de ontbindingsrechter zouden adviseren, dient er dus met een kritische blik gekeken te worden naar de situatie voorhanden.

Sectoren

Het bovenstaande laat onverlet dat in bepaalde sectoren, bijv. zorginstellingen, de afweging anders ligt. Op heden ontbreekt het ook aan een wettelijke bepaling welke zorgpersoneel verplicht om zich te laten vaccineren of testen. Echter, het is wel mogelijk dat deze verplichting er in de toekomst (eerder) zal komen, of dat hier in de rechtspraak een uitzondering op zal worden gemaakt. Deze inbreuk zou mogelijk namelijk sneller gerechtvaardigd kunnen zijn in deze sector. Uiteindelijk dienen passende maatregelen van geval tot geval te worden beoordeeld. Temeer nu het nog ontbreekt aan een maatgevende uitspraak ter zake het coronavirus en de verplichting van de werknemer om zich te laten vaccineren en/of testen. De laatste woorden zijn hier door ons ook zeker nog niet over geschreven. Blijf ons volgen om op de hoogte te blijven van alle ontwikkelingen.

hbn | law
& tax

hbnlawtax.com

**ALWAYS ONE
STEP AHEAD!**

