

Vaccinatie verplicht voor werknemers?

Afgelopen week werd in de Volkskrant de vraag gesteld of een werknemer ontslagen zou mogen en kunnen worden als hij zou weigeren gevaccineerd te worden tegen COVID-19.(1) De vraag werd in de krant met een voorzichtig “ja” beantwoord. Maar is dat wel juist? Een beschouwing.

Inleiding

Een werkgever moet er voor zorgen dat werknemers hun werk zodanig kunnen verrichten dat de veiligheid en de gezondheid zo goed mogelijk is beschermd. Werknemers moeten niet ziek kunnen worden op hun werkplek door bijvoorbeeld klanten of collega's.(2) Zeker in de zorgsector speelt deze kwestie. Het zou dan makkelijk zijn om de werknemers te verplichten zich te laten vaccineren. Maar de plicht zich te laten vaccineren gaat in tegen artikel 11 van de Grondwet en artikel 8 van het EVRM, die stellen dat ieder een recht heeft op de onaantastbaarheid van zijn lichaam. Een vaccinatieplicht gaat tegen dit grondrecht in. Een onderzoek aan het menselijk lichaam is immers een inbreuk op die onaantastbaarheid van het lichaam(3) De grondrechten gelden ook op de werkplek (4).

Hier strijden dus duidelijk twee belangen: de gezonde werkplek en de onaantastbaarheid van het lichaam. Hoe moet je hier mee omgaan, in zo'n bijzondere situatie als de coronapandemie, in zo'n omvangrijke gezondheids crisis?

Arrest uit 2015

Om de vraag te beantwoorden of vaccinatie verplicht kan worden, wordt vaak teruggegrepen op een arrest uit 2015.(5) In die zaak weigerde een brandwacht een bloedtest om het loodgehalte in zijn bloed te bepalen. Zijn werkgever verrichtte werkzaamheden op het terrein van BP, een lood verwerkend bedrijf. BP stelde aan alle werknemers, werkzaam op hun terrein, verplicht, dat hun 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. Hij wilde wel een urinetest doen. Vanwege deze weigering, de werknemer kon nu geen werk verrichten bij BP, ontsloeg de werkgever de brandwacht op staande voet.

De Hoge Raad deed in de zaak de kwestie zonder inhoudelijk oordeel af. Daardoor worden de overwegingen van het hof belangrijk. 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. Kortom: het ontslag op staande voet was terecht. Het grondrecht waarop de werknemer zich beriep, kon het ontslag niet voorkomen.

Kritiek

De uitspraak heeft in de literatuur de nodige kritiek gekregen.(6) Ten eerste gaat het hof voorbij aan het feit, dat er sprake is van de aanwezigheid van een grondrecht bij de werknemer. Dat deed de Hoge Raad ook al bij eerdere, vergelijkbare uitspraken over het privacyrecht van de werknemer (7). Het hof maakt in de motivering van het besluit daarna snelle stappen. Het kenbaarheidsvereiste uit artikel 8 lid 2 EVRM beargumenteert het hof vlot door enkel te constateren dat je als brandwacht zo'n test kunt verwachten. Het hof gaat snel over tot de noodzakelijkheidstoetsing. Zonder de bloedtest zou de werkgever de werkzaamheden bij BP niet kunnen verrichten. En een andere test zou niet kunnen, omdat BP de eis geteld had. Dat de werkgever misschien overleg had kunnen plegen met BP over de grondrechten van werknemers komt niet bij de rechter ter sprake.

Verschillen

Naast de kritiek, die je op dit arrest kunt hebben, zijn er ook enkele feitelijke verschillen. Ging het bij de bloedtest om bescherming met de betrekking tot de gezondheid van de werknemer, bij de vaccinatie tegen COVID-19 gaat het om de bescherming van het algemene belang, een belang van volksgezondheid. Ook is een bloedtest van een iets andere orde dan een vaccinatie. Weliswaar komt er een spuit aan te pas, maar bij de ene actie wordt bloed afgenomen en bij de andere wordt een stof in het lichaam gespoten.

Het voorspelt echter niet veel goeds als het hof bij een individueel belang al snel het grondrecht passeert voor de situatie als er een algemeen belang, de volksgezondheid, in het geding is. Dat het nu over een vaccinatie gaat, terwijl het bij de brandwacht om een bloedtest ging, zal daartegenover niet al te veel gewicht in de schaal leggen, schat ik in.

Toetsing 8 EVRM

Als de vaccinatieplicht getoetst wordt aan artikel 8 EVRM, dan zal eerst op grond van lid 1 geconstateerd moeten worden dat er sprake is van een inbreuk op de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam. Uit jurisprudentie blijkt dat een onderzoek aan het lichaam of het inbrengen van een spuit een inbreuk is.⁽⁸⁾ Dus: de vaccinatie mag in principe niet. Maar de inbreuk kan gerechtvaardigd zijn als er namelijk aan lid 2 van artikel 8 EVRM wordt voldaan.

Wil voldaan zijn aan lid 2, dan moet er aan drie cumulatieve vereisten voldaan zijn. Ten eerste moet er een doel zijn. Welke doelen dat kunnen zijn, staat in lid 2 omschreven. In dit geval zal het gaan om de bescherming van de gezondheid en de bescherming van rechten en vrijheden van anderen.

Het tweede vereiste is dat er voldaan moet zijn aan de eis dat de inbreuk voorzienbaar moet zijn bij wet. Deze eis kent twee soorten van toetsing: een strenge en een minder strenge. Als het gaat om de overheid tegenover de burger (verticale verhouding) dan hanteert de rechter de strenge toets: de inbreuk moet echt in de wet concreet omschreven zijn (denk daarbij aan het strafrecht: je kunt slechts aangehouden worden voor strafbare feiten die in de wet zijn omschreven). Als het gaat om zogenaamde horizontale verhoudingen, zoals tussen burgers, maar ook tussen werkgevers en werknemers, dan is de toetsing minder streng. Dan hoeft de wet niet de wet te zijn, maar kan volstaan worden met bijvoorbeeld vaste jurisprudentie. Het gaat dan meer om de vraag of het kenbaar en voorzienbaar was, dat er een inbreuk plaats kon vinden. Dat hoeft niet per se in een wet te staan. Zeker in het arbeidsrecht wordt in het kader van vaste jurisprudentie en de invulling van de norm van goed werkgever- en werknemerschap genoeg genomen met de constatering dat het de werknemer tevoren duidelijk moet zijn geweest dat er een kans in zat dat er een inbreuk plaatsvond. Dat kan ook in algemene bewoordingen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst kenbaar gemaakt zijn. ⁽⁹⁾ Denk daarbij aan een handboek waarvan bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst sprake is.

Maar het moet de werknemer wel echt duidelijk zijn. Hij had er van kunnen weten. In de uitspraak van de brandwacht doet de rechter het af met de stelling dat je als brandwacht die inbreuk had kunnen verwachten. Het was dus de brandwacht niet verteld of kenbaar gemaakt. Hij had het zelf wel kunnen verzinnen, vindt de rechter. Ik denk dat de rechter al te gemakkelijk over het kenbaarheidsvereiste heen gestapt is. Ik denk dat bij het aangaan of tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst aan de werknemer kenbaar moet zijn gemaakt dat hij rekening zou moeten houden met een verplichting tot vaccinatie. Dat zal in de praktijk niet gedaan zijn.⁽¹⁰⁾

Het derde vereiste is de noodzakelijkheidstoetsing. Kan met het middel (de inbreuk) het doel (de volksgezondheid en het recht van derden) bereikt worden? Is daarbij het belang van de werkgever groter dan de inbreuk van de werknemer? Zijn de inbreuk en het doel in evenredigheid met elkaar, oftewel wordt de proportionaliteit of de subsidiariteit niet overschreden? Het doel zal wel met de inbreuk bereikt kunnen worden. Er is voldoende wetenschappelijk bewijs dat vaccinaties helpen tegen infectieziekten. Het is ook wel aannemelijk dat het belang van de werkgever (algemeen belang, volksgezondheid) groter kan zijn dan het belang van de werknemer (privacy). Is de invulling van de inbreuk disproportioneel? De vaccinatie zal moeilijk "een onsje minder" kunnen. Dus aan de proportionaliteit zal voldaan zijn. Maar hoe zit het met de subsidiariteit? Kan het doel niet met een minder vergaande inbreuk worden bereikt? Kan hetzelfde niet bereikt worden door het dragen van beschermende middelen? Dat is immers al de tijd al gedaan. Maar bij patiënten met een psychische aandoening, denk aan autisme of dementie, zou het weer anders kunnen liggen, omdat deze patiënten de zorg niet afdoende kunnen ondergaan met verpleging die beschermende middelen draagt. Het is echter maar zeer de vraag of dit een afdoende argument zou zijn voor verplichte vaccinatie, omdat ook die patiënten de afgelopen maanden hebben moeten wennen aan die beschermende middelen van het personeel, zonder dat dat, voor zover ik weet, geleid heeft tot onoverkomelijke problemen.

Kortom: een toetsing op grond van artikel 8 EVRM levert op dat in de meeste gevallen niet voldaan zal zijn aan het vereiste van voorzienbaar- en kenbaarheid en aan het vereiste van de subsidiariteit.

Beëindiging van de arbeidsovereenkomst

In de zaak van de brandwacht kreeg de werknemer een ontslag op staande voet. Een dringende reden voor een ontslag op staande voet wordt bepaald aan de hand van alle feiten en omstandigheden van het geval. Daarbij speelt mee hoe lang de werknemer in dienst was en hoe hij al die jaren zijn werk heeft verricht. Ook persoonlijke omstandigheden kunnen een rol spelen. Zoals ik al schreef, kreeg de uitspraak nogal wat kritiek. Met name ook vanwege het feit dat de werknemer zich terecht op een grondrecht beriep. Zo'n beroep op een grondrecht zou de werkgever niet zo maar met een ontslag op staande voet kunnen passeren. Zeker als je dat nu toepast op de medewerkers in de zorg. Ze hebben zich het afgelopen jaar "het snot voor de ogen" gewerkt en dan zouden ze als ze zich niet laten vaccineren vanwege hun grondrecht een ontslag op staande voet kunnen krijgen. Een ontslag op staande voet betekent voor de werknemer geen loon meer en geen WW-uitkering en een strafsancie op grond van de Participatiewet, als de werknemer daar al voor in aanmerking komt. Dat gun je toch niet een werknemer die in maart van dit jaar nog als "held" bestempeld werd.

Als de werknemer niet zelf mee wil werken aan een beëindiging, denk aan instemming met de opzegging of een beëindigingsovereenkomst, dan resteert de werknemer een weg naar de kantonrechter om ontbinding te vragen. De eerste weg die dan bewandeld moet worden is de vraag welke grond de werkgever naar voren kan brengen. Het kan geen disfunctioneren, verwijtbaar handelen, of verstoorde arbeidsrelatie zijn. Resteren de gewetensbezwaren of de h-grond voor bijzondere situaties. De werkgever zal dan sterk aannemelijk moeten maken en goed motiveren waarom het werk alleen gedaan kan worden door gevaccineerde werknemers. Maar welk grond het ook zal zijn, als werkgever zul je altijd bij deze redenen ook de herplaatsing van de werknemer moeten onderzoeken.⁽¹¹⁾ Dat betekent dat de werkgever zal moeten kijken of de werknemer andere werkzaamheden kan doen, waarbij de vaccinatie niet verplicht is, of over te plaatsen is naar een andere afdeling of vestiging. Dus de werkgever zal ook nog moeten motiveren waarom de werknemer geen vervangend werk kan doen. Terwijl er juist grote personeelstekorten in de zorg zijn.

Kortom

Een vaccinatieplicht zal naar mijn kennelijke overtuiging niet slagen op grond van het feit dat de werkgevers niet tevoren kenbaar en voor de werknemer voorzienbaar hebben gemaakt dat er een verplichting tot vaccinatie mogelijk is. Daarbij zal meespelen dat de werkgever ook moet aantonen dat er geen andere mogelijkheden zijn om het werk op een andere wijze dan met vaccinatie uit te oefenen.

Mocht de werkgever over willen gaan tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst dan zal een ontslag op staande voet vanwege het grondrecht waar de werknemer zich op beroept niet voor de hand liggen. De ontbinding van de arbeidsovereenkomst zal niet kansrijk zijn, omdat de werkgever sterk aannemelijk zal moeten maken en goed zal moeten motiveren dat de werknemer geen vervangend werk kan doen, terwijl er grote personeelstekorten in de zorg zijn.

Voetnoten:

- (1). Ontslag voor vaccinweigeraar is allerlaatste middel, de Volkskrant 11 december 2020, door Charlotte Huisman
- (2). Zie artikel 3 Arbeidsomstandighedenwet en artikel 7:658 BW, maar ook de tijdelijke wijziging van het Arbeidsomstandighedenbesluit van 25 november 2020, Staatsblad 2020, 483 waarbij werkgevers verplicht zijn noodzakelijke maatregelen te nemen om de verspreiding van het coronavirus tegen te gaan.
- (3). Dat een onderzoek aan het menselijk lichaam een inbreuk is en dat de privacy niet ophoudt bij de voordeur van het bedrijf van de werkgever staan niet ter discussie: EHRM 9 maart 2004, Wretlund/Zweden).
- (4). Zie onder andere Niemietz (EHRM 16 december 1992, NJ 1993/400; Halford (EHRM 25 juni 1997, NJ 1998/506); Copeland (EHRM 3 april 2007, NJ 2007/617).
- (5). HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3193 (G4S Fire & Safety B.V.)
- (6). M.A. Huisman in JIN 2016/1; W.L. Roozendaal in AR-updates 2015-1069; I. de Laat in JAR 2014/241)

(7). Wennekers Lederwaren, HR 27-4-2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1347(camerabeelden) en Hyatt, HR 14-9-2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5802 (bloedtest).

(8). Zie voetnoot 3.

(9). Zie artikel 7:669 lid 3 BW.

(10). De werkgever zou kunnen stellen dat de pandemie rond het COVID-19-virus een uitzonderlijke situatie is, waar hij niet op voorhand rekening had kunnen houden. Hij had de vaccinatieplicht niet vooraf kenbaar kunnen maken. Maar in de zorg is vaccinatie niet nieuw. Ieder jaar wordt er over vaccinatie gesproken als het gaat om de griepvaccinatie. De afgelopen jaren hebben we te maken gehad met virussen die gevaarlijk zouden kunnen zijn als ze op grote schaal op patiënten of personeel over zouden gaan, denk daarbij aan het SARS-virus, de Mexicaanse griep en het MERS-virus.

(11). Zie artikel 7:669 lid 1 BW.