

# 52. Een prik-kelbaar onderwerp: vaccinatieplicht voor de werknemer?

MR. A. OLSTHOORN EN MR. D. SCHWARTZ

De vraag in hoeverre een werkgever zijn werknemers kan verplichten, of ertoe bewegen, zich te laten vaccineren tegen COVID-19 treedt steeds meer op de voorgrond. Is daar een mogelijkheid toe en hoe zit het met de grondrechten van werknemers? Het zijn gevoelige en 'prik-kelbare' vragen, waarvan ook lang niet alle antwoorden te vinden zijn in de juridica. In dit artikel wordt toch een poging gedaan de belangrijkste facetten in dat kader in kaart te brengen.

## 1. Inleiding

*'Geen vaccinatieplicht, wel mogelijk ic-verbod voor niet-gevaccineerd ziekenhuispersoneel'*<sup>1</sup>, *'Neem je geen coronaprik? Dan wil 36 procent van de werknemers je straks niet op het werk zien'*<sup>2</sup>, *'Mondkapjesplicht op werkvloer kan handvat zijn voor vaccinatieplicht'*.<sup>3</sup> Zomaar enkele recente krantenkoppen die de discussie over een vaccinatieplicht op de werkvloer weergeven. In hoeverre kan een werkgever zijn werknemers eigenlijk direct of indirect verplichten zich te laten vaccineren tegen COVID-19? Sommige werkgevers, bijvoorbeeld in de zorg, zullen zich dat op dit moment afvragen. In dit artikel onderzoeken wij een aantal facetten dat bij de beantwoording van die vraag komt kijken. We merken hierbij op voorhand op dat wij niet het nut en de noodzaak van vaccineren ter discussie stellen.

## 2. Wat is het speelveld?

In deze paragraaf onderzoeken wij wat het speelveld is waarop werkgever en werknemer zich bevinden als een werkgever van zijn werknemers verlangt dat zij zich laten vaccineren. Tegen welke hindernissen loopt een werkgever aan als hij vaccinatie wil verplichten en is dat überhaupt mogelijk? Wij brengen daarbij eerst het grondrechtelijk aspect van (verplicht) vaccineren in kaart, om vervolgens aandacht te besteden aan de verantwoordelijkheden van de werkgever in het kader van een veilige werkomgeving, om af te sluiten met het privacy-aspect van vaccineren op initiatief van de werkgever.

### 2.1 Vooropgesteld: geen directe verplichting

Onderscheid kan worden gemaakt tussen 'dwang' en 'drang' tot vaccinatie. Volgens de Gezondheidsraad in zijn advies van 4 februari 2021 betekent vaccinatiedwang dat, met tussenkomst van een rechter, iemand tegen zijn wil wordt gevaccineerd, ook als hij zich (fysiek) verzet.<sup>4</sup> Dit zien wij als een directe vaccinatieverplichting. Een directe verplichting tot vaccineren, in die zin dat een werkgever tegen de wil van de werknemer de werknemer dwingt zich te laten vaccineren, is niet mogelijk. Daarvoor is geen wettelijke grondslag en een dergelijke verplichting past ook niet binnen een arbeidsrelatie. Een vordering van een werkgever tot veroordeling van een werknemer tot vaccinatie zal dan ook worden afgewezen. Een vanuit de overheid opgelegde vaccinatieplicht wordt overigens ook (nog) niet verwacht.<sup>5</sup>

Van vaccinatiedrang is in deze context sprake als de beslissingsruimte van de werknemer wordt ingeperkt of de werknemer zodanig wordt beïnvloed dat hij of zij feitelijk minder keuzevrijheid heeft. Er zijn verschillende gradaties van dwang en drang.<sup>6</sup> Volgens de Gezondheidsraad is een wettelijke vaccinatieplicht overigens geen dwang – want geen fysieke verplichting – , maar de sterkste vorm van drang. Bespreking van dat spectrum gaat onze bijdrage te buiten. Wij nemen in dit artikel aan dat consequenties, opgelegd door de werkgever aan werknemers die zich niet laten vaccineren, worden aangemerkt als drang en niet als dwang.

1 Trouw, 9 september 2020.

2 Algemeen Dagblad, 12 januari 2021.

3 Het Financieel Dagblad, 19 januari 2021.

4 Ethische en juridische afwegingen COVID-19-vaccinatie, Gezondheidsraad, Den Haag, 4 februari 2021, nr. 2021/3, p. 13.

5 Bijv. Raad van Europa, Resolutie 2361 (2021), <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/coronavirus-vaccinatie/vraag-en-antwoord/vragenover-aanpak-coronavaccinatie> (laatst geraadpleegd op 1 februari 2021).

6 Ethische en juridische afwegingen COVID-19-vaccinatie (advies Gezondheidsraad van 4 februari 2021), p. 14.

## 2.2 De grondrechten van de werknemer

Vaccineren raakt het grondrecht van burgers op onaan- tastbaarheid van het menselijk lichaam (art. 11 Gw) en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 10 Gw).<sup>7</sup> Indien een werknemer niet gevaccineerd wil worden omwille van religieuze redenen, kan eveneens de vrijheid van godsdienst worden geraakt (art. 6 Gw). Die rechten zijn ook vastgelegd in het EVRM (waarover later meer). Over de vraag of, en zo ja, op welke wijze, deze grond- rechten doorwerken in de arbeidsrelatie tussen werkgever en werknemer bestaat in de literatuur discussie. Sommige auteurs betogen dat sprake is van een *directe* (horizon- tale) doorwerking, hetgeen betekent dat een werknemer het grondrecht direct tegen zijn werkgever kan invoeren.<sup>8</sup> Anderen betogen dat grondrechten alleen *indirect* doorwer- ken in de arbeidsrelatie, hetgeen betekent dat zij een rol kunnen spelen bij de uitleg en invulling van open normen in het arbeidsrecht, zoals goed werkgeverschap.<sup>9</sup> Uit het arrest *Dirks/Hyatt I* volgt dat grondrechten aangaande de onaan- tastbaarheid van het menselijk lichaam en de eerbie- diging van de persoonlijke levenssfeer directe werking hebben, waardoor een werknemer deze grondrechten dus direct kan invoeren tegen zijn werkgever.<sup>10</sup> Een inbreuk op een grondrecht door de werkgever kan onder omstandighe- den echter gerechtvaardigd zijn. Bij de beoordeling of een inbreuk is gerechtvaardigd, moet volgens de Hoge Raad beoordeeld worden of de handeling die inbreuk maakt een legitiem doel dient en of de handeling een geschikt middel is om dat doel te bereiken (noodzakelijkheid). Daarnaast moet beoordeeld worden of de inbreuk evenredig is in verhouding tot het belang van de werkgever bij het berei- ken van het beoogde doel (proportionaliteit) en of het doel niet ook op een minder ingrijpende wijze kan worden bereikt (subsidiariteit).

Een vordering van een werk-  
gever tot veroordeling van een  
werknemer tot vaccinatie zal  
dan ook worden afgewezen

Waar kan men bij een legitiem doel aan denken? Wij geven enkele voorbeelden uit de rechtspraak. Zo was bijvoorbeeld het verplicht ondergaan van een bloedtest om (eventueel gevaarlijke) loodwaarden in het bloed van een werknemer te meten volgens het Hof 's-Hertogenbosch (later door

de Hoge Raad afgedaan op grond van art. 81 RO<sup>11</sup>) een gerechtvaardigde inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, omdat het doel ervan was gezondheidsrisico's voor werk- nemers te beperken.<sup>12</sup> De werknemer had onvoldoende onderbouwd waarom hij bezwaar had tegen de afname van bloed. Ook het dragen van lange mouwen om infectierisico's op een dialyse-afdeling van een ziekenhuis te vermin- deren, was een gerechtvaardigde inbreuk op het grondrecht van de werknemer om zich overeenkomstig haar geloofs- overtuiging te kleden.<sup>13</sup> In het arrest voorafgaand aan het tweede *Hyatt*-arrest van de Hoge Raad, heeft het Hof van Justitie van Aruba<sup>14</sup> geoordeeld dat een verplichte controle op alcohol en drugs een gerechtvaardigde inbreuk kan zijn op de grondrechten van de werknemer<sup>15</sup>, waarbij het belang van het tegengaan van een negatieve beïnvloeding van arbeidsprestaties gecombineerd met het risico dat gasten iets merken van personeel dat onder invloed is, volgens het Hof een legitiem doel was.<sup>16</sup> Die beoordeling stond in cassatie niet ter discussie. Recentelijk oordeelde de Voor- zieningenrechter Utrecht dat het voorkomen van COVID- -19-besmettingen op de werkvloer en het bedrijfsbelang om te voorkomen dat er loon moet worden doorbetaald bij ziekte, voldoende legitieme doelen kunnen vormen om een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van een werknemer te rechtvaardigen.<sup>17</sup>

Grondrechten voor werknemers kunnen ook worden ontleend aan het EVRM. Het EVRM werkt direct (verti- caal) door in de Nederlandse rechtsorde, voor zover de bepalingen van het EVRM 'naar haar inhoud eenieder kunnen verbinden'. Er is discussie over de vraag op welke wijze het EVRM doorwerkt in horizontale verhoudingen. Het EVRM werkt in beginsel door in de horizontale rela- tie tussen werkgever en werknemer, waarbij voor de vraag of sprake is van een gerechtvaardigde inbreuk steeds een afweging dient plaats te vinden tussen de belangen van werkgever en werknemer.<sup>18</sup> Die belangenafweging wordt meestal ingekleurd door toetsing van de eisen van nood- zakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit.<sup>19</sup> Een beperking van het EVRM door de overheid is voorts alleen mogelijk als daarvoor een wettelijke grondslag bestaat.<sup>20</sup> In de literatuur wordt het standpunt ingenomen dat deze

7 Bijv. *Kamerstukken II* 2018/19, 32793, nr. 338.

8 M.G. Rood, 'Over grondrechten in dienstbetrekking en hun grenzen', in: P.B. Cliteur & A.P.J.M. Vonken (red.), *Doorwerking van mensenrechten*, Groningen: Wolters Noordhoff 1993.

9 Vgl. E. Verhulst, *De vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtena- ren*, Den Haag: Sdu 1997, p. 45 e.v., M. Houwerzijl & N. Zekic, Wetenschap- pelijk commentaar op art. 19 Gw (<https://www.nederlandrechtsstaat.nl/module/nlrs/script/viewer.asp?soort=commentaar&artikel=19>).

10 HR 14 september 2007, *NJ* 2008/334, m.nt. E. Verhulst, r.o. 3.4.2. (*Dirks/Hyatt I*).

11 HR 30 oktober 2015, «JAR» 2015/298.

12 Hof 's-Hertogenbosch 10 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1718, «JAR» 2014/241, m.nt. I.J. de Laat.

13 Ktr. 's-Hertogenbosch 13 juli 2009, «JAR» 2009/209.

14 Voluit: Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba.

15 HR 22 november 2019, «JAR» 2019/314.

16 Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 16 januari 2018, ECLI:NL: OGHACMB:2018:10.

17 V.zr. Utrecht 13 januari 2021, ECLI:NL:RBUMNE:2021:51, «JIN» 2021/1, m.nt. A. Olsthoorn.

18 HR 14 september 2007, *JAR* 2007/250, HR 31 maart 2017, «JAR» 2017/115.

19 Bv. EHRM 7 november 2002, nr. 58341/00 en EHRM 9 maart 2004, nr. 46210/99.

20 Vgl. M.D. Ruizeveld, 'Een wettelijke basis voor de alcohol- of drugtest op het werk', *TRA* 2020/25.

voorwaarde ook geldt in horizontale rechtsverhoudingen, maar de Hoge Raad heeft dit tot nog toe niet expliciet betrokken bij de beoordeling of sprake is van een gerechtvaardigde inbreuk.<sup>21</sup>

### 2.3 De zorgplicht van de werkgever voor werknemers én derden

Werkgevers hebben in het kader van de veiligheid en gezondheid van werknemers wettelijke verplichtingen.<sup>22</sup> Wij staan hier bij stil, omdat deze verplichtingen mee kunnen wegen bij het legitieme doel van een inbreuk en in sommige gevallen mogelijk tegenover de grondrechten van een werknemer kunnen komen te staan.

Wanneer er sprake is van een indirecte verplichting kan er een inbreuk ontstaan op de grondrechten van de werknemer. Onder omstandigheden kan zo'n inbreuk gerechtvaardigd zijn

Een werkgever is op grond van art. 7:658 lid 1 BW onder meer verplicht zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs noodzakelijk is om te voorkomen dat een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Onlangs is het Arbeidsomstandighedenbesluit aangepast vanwege de COVID-19-pandemie.<sup>23</sup> Werkgevers moeten tijdig noodzakelijke maatregelen en voorzieningen treffen ter voorkoming of beperking van de kans op besmetting met COVID-19 van werknemers *en derden* op de werkplek. Hiermee is dus een zorgplicht voor de werkgever ontstaan die verder gaat dan enkel ten aanzien van zijn eigen werknemers. Die maatregelen en voorzieningen bestaan in ieder geval uit het in acht nemen van voldoende hygiënevoorschriften, het voorlichten van werknemers over de bestrijding van COVID-19 op de arbeidsplaats en het houden van adequaat toezicht op de naleving van die maatregelen en voorzieningen. De wijziging heeft volgens de Nota van Toelichting ook expliciet tot doel werkgevers handvatten te geven om arbeidsrechtelijke maatregelen te nemen tegen werknemers die zich niet aan de voorschriften houden.<sup>24</sup> Ten aanzien van het risico op een besmetting met 'biologische agentia' (zoals virus-sen) is een werkgever bovendien op grond van art. 4.91 lid 6 Arbeidsomstandighedenbesluit verplicht werknemers, voor zover mogelijk, vaccinatie aan te bieden. Deze bepaling is niet expliciet gericht op de situatie dat sprake is van

een pandemie, maar is volgens ons exemplarisch voor de vergaande zorgplicht van de werkgever. De verplichting tot het faciliteren van vaccinaties komt ook tot uiting in enkele cao's in de zorgsector.<sup>25</sup>

De werkgever heeft dus de wettelijke verplichting om zijn werknemers én derden op de werkplek zo veel mogelijk te beschermen tegen een COVID-19-besmetting. Hieruit volgt echter geen verplichting voor de werknemer om zich te laten vaccineren. Dit is door de Commissie Gelijke Behandeling in het kader van Hepatitis-B-vaccinaties al eerder bevestigd:

*'de verplichting van de werkgever op grond van de arbeidsomstandighedenwetgeving gaat niet zo ver, dat sprake is van een eis tot vaccinatie, d.w.z. dat hij moet zorgen dat de werknemers daadwerkelijk gevaccineerd zijn en werknemers moet uitsluiten van werk als dat niet het geval is.'*<sup>26</sup>

De verantwoordelijkheid van de werkgever in het kader van arbeidsomstandigheden kan onzes inziens wel meewegen bij de beoordeling of sprake is van een legitiem doel om inbreuk te maken op de grondrechten van een werknemer.

### 2.4 Privacy

Naast de hiervoor genoemde grondwettelijke implicaties raakt het vaccineren van werknemers ook de privacy van deze werknemers. De werkgever die bijhoudt wie er wel en niet is gevaccineerd, verwerkt immers bijzondere persoonsgegevens. Meer in het bijzonder gezondheidsgegevens (art. 4 lid 15 AVG). Verwerking van gezondheidsgegevens is in beginsel verboden (art. 9 AVG), tenzij sprake is van een uitzonderingssituatie. Van zo'n uitzondering kan sprake zijn wanneer de werknemer zijn uitdrukkelijke toestemming geeft voor de verwerking van deze gegevens. Die toestemming moet in volledige vrijheid zijn gegeven. De Autoriteit Persoonsgegevens (AP) heeft daarom het standpunt ingenomen dat toestemming van de werknemer geen grondslag kan vormen.<sup>27</sup> Vanwege de gezagsrelatie tussen werkgever en werknemer en de angst op nadelige gevolgen, bestaat die volledige vrijheid immers niet. Testen op COVID-19 mag (en moet) de werkgever wel uitbesteden aan een bedrijfsarts.<sup>28</sup> De *European Data Protection Board* (EDPB) heeft ten aanzien van de toestemmingsgrondslag het iets ruimere standpunt ingenomen<sup>29</sup> dat de verwerking van zulke gezondheidsgegevens in het kader van COVID-19 door werkgevers ook toegestaan is zonder toestemming van werknemers, mits sprake is van: *'substantial public interest'*

21 Bijv. A.H. Pool, 'Antidugsbeleid in ondernemingen en het recht op respect voor het privéleven van werknemers', *TRA* 2012/44 en R. Jonkmans, 'Contractuele beperking van grondrechten', *ArbeidsRecht* 2021/4.

22 En in sommige gevallen ook externe krachten zoals zzp'ers of uitzendkrachten.

23 *Stb.* 2020, 483.

24 Nota van Toelichting, *Stb.* 2020, 483, p. 9.

25 Vgl. art. 9.15 Cao Ambulancezorg 2020-2021, art. 7.2.9 Cao Ziekenhuizen 2019-2021, art. 10.2 Cao Huisartsenzorg 2019-2020 en art. 49 arbeidsvoorwaardenrichtlijn van de KNMT.

26 Commissie Gelijke Behandeling, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2003/25: 208 e.v.

27 Bijv. <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/ap-temperatuurmeten-mag-niet-zomaar#subtopic-7740>.

28 <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/onderwerpen/corona/corona-op-de-werkvloer>, laatst geraadpleegd op 31 januari 2021.

29 R. Rietveld & L.A. Westland, 'Privacy en de bescherming van persoonsgegevens op de werkvloer', *SDU Practice note* (laatst geraadpleegd op 1 februari 2021).

*in the area of public health*.<sup>30</sup> Dit mag echter alleen als er op grond van het nationaal recht een grondslag bestaat die bepaalt dat een werkgever die afweging zelf mag maken. Dat is op dit moment echter nog niet het geval.<sup>31</sup> Dat betekent dat het op dit moment in Nederland voor een werkgever niet is toegestaan om gegevens omtrent vaccinatie van werknemers te verwerken zonder daarmee in strijd te handelen met de AVG.

**Wij merken hierbij op voorhand  
echter al op dat het op dit moment  
nog maar zeer de vraag is in hoe-  
verre deze maatregelen binnen de  
kaders van de AVG en UAVG passen**

Ten aanzien van Hepatitis-B-vaccinaties bestaat al wel een wettelijke basis voor het verwerken van gegevens door de werkgever.<sup>32</sup> In de praktijk wordt de uitvoering van Hepatitis-B-vaccinaties uitbesteed aan een bedrijfsarts die de registratie bijhoudt.<sup>33</sup> Dit wordt ook voorgeschreven door de AP, omdat een verdergaande verwerking door de werkgever zelf niet noodzakelijk is.<sup>34</sup> Wij kunnen ons voorstellen dat een vergelijkbare basis wellicht in de nabije toekomst ook wordt gecreëerd voor een COVID-19-vaccin. De roep vanuit de zorgsector voor zo'n regeling is er al.<sup>35</sup>

## 2.5 Tussenconclusie

Werknemers direct dwingen tot vaccinatie is onmogelijk. Een algemene vaccinatieplicht bestaat immers niet en dergelijke verplichtingen passen evenmin binnen de arbeidsverhouding. Werknemers vragen zich op volledig vrijwillige basis te laten vaccineren is in beginsel mogelijk en betoogd kan worden dat in sommige situaties dat ook van werkgevers wordt verwacht op grond van Arboretgeving. In sommige gevallen zijn zij namelijk verplicht tot het geven van voorlichting of het faciliteren en vergoeden van vaccinaties. Als er sprake is van een indirecte verplichting, bijvoorbeeld door het verbinden van negatieve consequenties aan het weigeren van een vaccinatie, kan dit een inbreuk opleveren op de grondrechten van de werknemer. Onder omstandigheden kan zo'n inbreuk gerechtvaardigd zijn. Welke omstandigheden dat kunnen zijn wordt in het navolgende deel besproken. Belangrijke kanttekening is wel dat de AP op dit moment

nog het standpunt inneemt dat de werkgever geen gegevens mag verwerken omtrent COVID-19-vaccinaties, vanwege het ontbreken van een wettelijke grondslag hiervoor. Wij kunnen ons echter voorstellen dat in de nabije toekomst in sommige sectoren – zoals de zorg – wellicht alsnog een wettelijke grondslag wordt gecreëerd.

## 3. De werkgever aan handen en voeten gebonden?

Hiervoor hebben wij vastgesteld dat werknemers rechte niet kunnen worden gedwongen tot vaccinatie. Een wettelijke vaccinatieplicht ontbreekt immers en is evenmin te verwachten.<sup>36</sup> Dit laat onverlet dat werkgevers in sommige sectoren – in het bijzonder de zorgsector – een zwaarwichtig belang kunnen hebben bij vaccinatie van hun personeel.<sup>37</sup> De vraag die in dit verband rijst, is of de werkgever, al dan niet via de band van art. 7:611 BW of art. 7:660 BW, arbeidsrechtelijke maatregelen mag verbinden aan de weigering van de werknemer om zich te laten vaccineren, en zo ja welke?<sup>38</sup> Wij staan stil bij de (on)mogelijkheid op grond van art. 7:628 lid 1 BW de loondoorbetaling te stoppen, wijziging van de arbeidsovereenkomst en de (on)mogelijkheid van ontslag op staande voet en/of ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Wij merken hierbij op voorhand echter al op dat het op dit moment nog maar zeer de vraag is in hoeverre deze maatregelen binnen de kaders van de AVG en UAVG passen. De werkgever die dergelijke maatregelen wil nemen, zal immers ervan op de hoogte moeten zijn of de werknemer zich al dan niet heeft laten vaccineren. Deze wetenschap levert an sich nog geen verwerking van bijzondere persoonsgegevens op, maar de werkgever zal dit vermoedelijk ook moeten (laten) vastleggen, bijvoorbeeld door en in de salarisadministratie. En in dat geval kan worden betoogd dat sprake is van het verwerken van gegevens over gezondheid in de zin van art. 4 lid 15 AVG.

### 3.1 Geen vaccinatie: geen recht op loon?

Kan de werknemer die weigert zich te laten vaccineren en daardoor door de werkgever niet op het werk wordt toegelaten het recht op loon worden ontegenwoordigd? Het antwoord kan worden gevonden in art. 7:628 lid 1 BW.<sup>39</sup> Deze bepaling kan sinds 1 januari 2020 worden samengevat met het adagium

30 Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak, 19 maart 2020.

31 Voorts bestaan nog andere wettelijke uitzonderingsgronden o.g.v. art. 9 lid 2 AVG; omdat die ons ten aanzien van dit onderwerp niet van toepassing lijken laten wij die verder onbesproken.

32 Art. 4.90 en 4.91 Arbeidsomstandighedenbesluit en bijlage VII bij Richtlijn 2000/54/EG.

33 'Hepatitis B-vaccinatie voor medewerkers in de gezondheidszorg', RIVM september 2013.

34 *De zieke werknemer. Beleidsregels voor de verwerking van persoonsgegevens over de gezondheid van zieke werknemers*, Autoriteit Persoonsgegevens, 23 februari 2016.

35 Bijv. 'Vanwege privacywet weet werkgever straks niet welke werknemer coronaprik heeft gehad', *de Volkskrant* 21 december 2020.

36 <https://www.parool.nl/nederland/minister-de-jonge-geen-indirecte-vaccinatieplicht~b4e30fe9/>.

37 Werkgevers in de zorg hebben niet alleen een zorgplicht ten opzichte van hun personeel maar ook ten opzichte van hun patiënten. Zie bijvoorbeeld art. 2 lid 2 Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz).

38 Deze vraag is in de literatuur nog nauwelijks aan bod gekomen. Voor zover wij hebben kunnen nagaan, is deze vraag door Dute behandeld in het kader van Hepatitis-B in zorginstellingen. Hij betoogde dat enige aandrang (overreding) bij werknemers die zich niet willen laten inenten toelaatbaar is, maar ontslag niet. Zie J.C.J. Dute, 'Juridische aspecten van Hepatitis-B in zorginstellingen', *TVGR* 2001/5.

39 Zie uitgebreid over deze bepaling A.R. Houweling e.a., Loonstra & Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata I*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2020, H. 6.

‘geen arbeid, wel loon, tenzij.’<sup>40</sup> Procesrechtelijk uitgangspunt is dat de werknemer zijn recht op loon behoudt, tenzij het niet werken in redelijkheid voor zijn rekening komt.<sup>41</sup> Deze toets wordt aangeduid als de toerekening naar redelijkheid.<sup>42</sup>

Het is aan de werkgever om op grond van art. 150 Rv te stellen en, bij voldoende betwisting, te bewijzen dat de oorzaak van het niet werken voor rekening van de werknemer komt. Recent zag de voorzieningenrechter Utrecht zich gesteld voor de vraag of de werkgever in kwestie uit hoofde van zijn instructiebevoegdheid ex art. 7:660 BW een mondkapjesverplichting mocht opleggen en, toen één van zijn werknemers dat naliet, de doorbetaling van het loon mocht opschorten. Beide vragen beantwoordde de voorzieningenrechter bevestigend.<sup>43</sup> De werkgever mocht de doorbetaling van het loon opschorten, omdat de instructie tot het dragen van een mondkapje binnen zijn instructiebevoegdheid viel en van een ongerechtvaardigde inbreuk op de persoonlijke levenssfeer geen sprake was, aldus de voorzieningenrechter.<sup>44</sup>

Wat is de impact van deze uitspraak op de onderhavige vraag? Kan op basis van deze uitspraak ook succesvol het standpunt worden verdedigd dat de werkgever de loondoorbetaling in het onderhavige geval mag stopzetten? Nee, dat lijkt ons niet aannemelijk, een mondkapjesverplichting is immers van geheel andere orde dan de (indirecte) verplichting tot vaccinatie. Een (indirecte) vaccinatieverplichting grijpt immers verder in op de lichamelijke integriteit. Bovendien kan betoogd worden dat de werkgever noch op grond van art. 7:611 BW noch op basis van art. 7:660 BW de bevoegdheid heeft een vaccinatieplicht op te leggen. Deze uitspraak toont echter wel aan dat een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer onder omstandigheden óók in arbeidsrechtelijke context wordt aanvaard. Maar hoe dient de rechter, die zich geconfronteerd ziet met de vraag of de werknemer het recht op loon kan worden ontzegd, om te gaan met een dergelijk geval? Het komt hier in grote mate aan op een afweging van de belangen van partijen, waarbij het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en de door de Hoge Raad in het arrest *Hyatt I* geformuleerde beperkingssystematiek van groot belang zijn. Weliswaar is strikt genomen in dit geval van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer nog geen sprake – de werknemer wordt immers niet direct tot vaccinatie verplicht –, een dergelijke maatregel komt daar *de facto* wel op neer en dus is verdedigbaar dat het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en de beperking daarvan een grote rol speelt.<sup>45</sup> Aannemelijk is dat de belangenafwe-

ging in de regel in het voordeel van de werknemer uitvalt. Het belang van de werkgever zal immers in de regel niet in verhouding staan tot de aanzienlijke inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer.

Betekent dit dat art. 7:628 lid 1 BW de werkgever in een dergelijke situatie nooit soelaas biedt? Zoals wel vaker in het arbeidsrecht, zijn er óók in deze context (uitzonderlijke) situaties denkbaar waarin verdedigbaar is dat de 628-beoordeling in het voordeel van de werkgever uitvalt. Wij denken hierbij vooral aan situaties in de zorg – ziekenhuizen, verpleeghuizen, bejaardentehuizen etc. – waarbij de werkgever de wettelijke zorgplicht heeft om zowel de gezondheid van werknemers als van patiënten te waarborgen. Welke omstandigheden leggen dan mogelijk ten voordele van de werkgever gewicht in de schaal? Wij noemen de volgende, deels ontleend aan het advies *Werknemers en infectieziekten – criteria voor vaccinatie* en het advies *Ethische en juridische afwegingen COVID-19-vaccinatie* van de Gezondheidsraad:<sup>46</sup>

- de werkgever heeft een algemeen belang bij het waarborgen van de gezondheid van derden en werknemers;
- werknemers en derden staan bloot aan een niet te verwaarlozen risico op besmetting;
- vaccinatie leidt tot aanmerkelijke vermindering van het risico op besmetting bij werknemers en derden;
- aannemelijk is dat de vaccinatie geen gevaar oplevert voor de gezondheid van werknemers;
- werknemers hebben geen ander gerechtvaardigd belang dat in de weg staat aan vaccinatie;
- waarborging van de gezondheid van derden en werknemers kan niet op een andere, minder ingrijpende wijze worden bewerkstelligd, bijvoorbeeld door het dragen van mondkapjes en/of andere beschermingsmiddelen;
- de mogelijke consequenties van het niet vaccineren zijn door de werkgever voldoende kenbaar gemaakt aan de werknemer;
- de werkgever heeft geen andere passende werkzaamheden of passende functie voorhanden binnen zijn organisatie.

Ten aanzien van de omstandigheid dat de werkgever geen andere passende werkzaamheden of passende functie heeft, is nog van belang dat in onze optiek van de werkgever mag worden verlangd zich in voldoende mate in te spannen om de werknemer elders in de organisatie in te zetten. Hoewel in een andere context gewezen, oordeelde de Hoge Raad immers in de zogenoemde ‘re-integratiejurisprudentie’ dat de (gedeeltelijk arbeidsongeschikte) werknemer die zich bereid verklaart (een deel van) zijn bedongen arbeid of passende arbeid te verrichten, daartoe in beginsel door de werkgever moet worden toegelaten, ook wanneer de werk-

40 Stb. 2019, 503. Zie hierover E. Wies & D.R. Stolwijk, ‘Geen arbeid, toch loon: de gevolgen van de wijziging van art. 7:627 BW en art. 7:628 BW’, *TAP* 2020/2.

41 Zie voor een lezenswaardig overzicht van de wetsgeschiedenis en (Hoge Raad) rechtspraak op dit punt A.R. Houweling, ‘Corona en arbeidsrecht: hoe NOW verder met loon en werkplek?’, *MvV* 2020/9.

42 Ook wel aangeduid als de risicosferenleer.

43 V.zr. Utrecht 13 januari 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:51, «JIN» 2021/1, m.nt. A. Olsthoorn.

44 Twijfelachtig is evenwel of de kantonrechter de loonopschorting via de band van art. 7:628 lid 1 BW heeft beoordeeld.

45 HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5802.

46 *Werknemers en infectieziekten – criteria voor vaccinatie* (advies Gezondheidsraad van 15 december 2014) en *Ethische en juridische afwegingen COVID-19-vaccinatie* (advies Gezondheidsraad van 4 februari 2021).

gever hiervoor zijn organisatie of arbeidsverdeling moet aanpassen of wijzigen.<sup>47</sup>

De conclusie die wij uit het voorgaande trekken, is dat de werkgever in beginsel het loon zal moeten doorbetalen als hij de werknemer weigert toe te laten, omdat de werknemer zich niet wil laten vaccineren. Van een vaccinatieplicht is immers geen sprake en doorgaans zal de belangenafweging in het voordeel uitvallen van de werknemer die zich op een grondrecht beroept. Dat kan anders zijn in uitzonderlijke gevallen, waarbij het belang van de werkgever prevaleert boven het belang van de werknemer. Hiervoor is wel vereist dat de werkgever zich zonder succes heeft ingespannen om de werknemer elders in de organisatie te herplaatsen of dat de werknemer een redelijk voorstel van de werkgever weigert.<sup>48</sup> Daarnaast mag van de werknemer worden verwacht dat hij zijn beweegredenen voor weigering voldoende kenbaar maakt. Onderbouwt hij dit niet voldoende, dan laat dat meer ruimte voor de werkgever.<sup>49</sup> Daar staat – resumerend – voor de werkgever wel tegenover dat hij in ieder geval moet kunnen motiveren dat de vaccinatie noodzakelijk is om de gezondheid van medewerkers en cliënten te kunnen waarborgen, daarvoor geen reële alternatieven bestaan en objectief kan worden gesteld dat vaccineren zonder gevaar is voor de gezondheid van de medewerkers.

### 3.2 Wijziging functie

#### 3.2.1 Permanente en tijdelijke functiewijziging

Mag de werkgever van bijvoorbeeld een weigerachtige IC-verpleegkundige of verzorgende in een verpleeghuis verlangen een andere functie te accepteren? De functie en de daaraan verbonden werkzaamheden zijn veelal omschreven in de arbeidsovereenkomst of cao waaraan partijen gebonden zijn.<sup>50</sup> De functie betreft dus veelal een arbeidsvoorwaarde en bij een voorgenomen wijziging daarvan betreft men het terrein van de (eenzijdige) wijziging.<sup>51</sup> In dat kader zijn de arresten *Vander Lely/Taxi Hofman en Stoof/Mammoet* – beide kwesties waarin een functiewijziging centraal stond – van belang.<sup>52</sup> In deze arresten is bepaald dat de werknemer als goed werknemer gehouden kan zijn in te stemmen met een wijzigingsvoorstel van de werkgever.<sup>53</sup> Of de werknemer

daartoe verplicht is, moet worden vastgesteld op basis van een drietrapsraket: (i) heeft de werkgever in de gewijzigde omstandigheden op het werk als goed werkgever aanleiding kunnen vinden tot het doen van een (ii) redelijk voorstel en kan, tot slot, (iii) in redelijkheid van de werknemer worden gevergd dat dit voorstel wordt aanvaard. Van belang is nog dat de Hoge Raad nadrukkelijk opmerkt dat partijen overeenstemming moeten bereiken over de wijziging.

Het gewijzigde omstandigheden-criterium betreft een objectief criterium dat in de rechtspraak ruim wordt uitgelegd. Voldoende is dat sprake is van een verandering die voor een redelijk denkende werkgever aanleiding kan zijn voor het doen van een wijzigingsvoorstel.<sup>54</sup> De werkgever zal dus de impact van het COVID-19-virus als mede de noodzaak van het vaccineren aannemelijk moeten kunnen maken. Van belang is bovendien dat de werkgever het wijzigingsvoorstel niet op oneigenlijke gronden doet. De werkgever die onder de noemer van COVID-19 tracht een functiewijziging van een disfunctionerende werknemer te bewerkstelligen, voldoet niet aan het eerste criterium.<sup>55</sup>

De werkgever dient voorts een redelijk voorstel te doen. Of het voorstel redelijk is, moet worden vastgesteld op basis van alle omstandigheden van het geval. De werkgever zal hier tegen de achtergrond van het ontbreken van een vaccinatieplicht en de (indirecte) inbreuk op de persoonlijke levenssfeer een zware kluif aan hebben. Een aantal omstandigheden is in deze context van belang. De door de werkgever aangeboden functie zal in ieder geval passend moeten zijn. Een functie wordt op grond van art. 9 lid 3 Ontslagregeling passend geacht wanneer deze aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer.<sup>56</sup> De werkgever die een functie aanbiedt die niet passend is en evenmin binnen redelijke termijn passend te maken is, kan niet worden geacht een *redelijk voorstel* te hebben gedaan. Voorts is in het kader van de redelijkheid van het voorstel van belang of de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer voldoet aan het noodzakelijkheids-, proportionaliteits- en subsidiariteitscriterium en de in de vorige paragraaf genoemde omstandigheden die in dat kader van belang zijn. Wij herhalen hier dat weliswaar kan worden betoogd dat in deze fase strikt genomen nog geen sprake is van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, *de facto* komt het daar echter wel op neer. Onze verwachting is dat het gros van de beoogde wijzigingen op dit punt stuk gaan lopen. Zo verwachten wij dat de doorsnee werkgever door het nemen van andere, minder ingrijpende maatregelen zijn belangen voldoende kan waarborgen. Zo zal het belang van de werkgever er in sommige gevallen voldoende mee gediend zijn als de werknemer op een andere afdeling met

47 Zie HR 3 februari 1978, NJ 1978/248 (*Roovers/De Toekomst*); HR 8 november 1985, NJ 1986/309 (*Van Haaren/Cehave*) en HR 13 december 1991, NJ 1992/441 (*Goldsteen/Roeland*).

48 Zo oordeelde het Hof Amsterdam dat de werkgever, die een disfunctionerende werknemer niet toeliet tot zijn bedongen arbeid maar ander werk liet verrichten, bij gebreke van een redelijk voorstel het loon van de werknemer moest doorbetalen. Zie Hof Amsterdam 9 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5117.

49 Zie hierover o.a. conclusie A-G P. Vlas bij HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3193.

50 Zie over een wijziging van de functie: J.J.M. de Laat e.a., *Eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 140-168.

51 Wij laten art. 7:613 BW hier vanwege de omvang van het artikel onbesproken.

52 HR 26 juni 1998, NJ 1998/767 (*Van der Lely/Taxi Hofman*) en HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847 (*Stoof/Mammoet*).

53 Zie ook HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283 (*Victoria*).

54 N. Gundt, 'Het recht om een eenzijdige wijziging niet te aanvaarden – een lege huls?', in: L. Holtus, *Deining* (Liber Amicorum voor J.J.M. de Laat), Den Haag: Sdu Uitgevers 2019, p. 299.

55 Het beginsel van zuiverheid van oogmerk wordt ook benoemd door Laagland en Kloostera. Zie F.G. Laagland & J. Kloostera, 'Artikel 7:611 BW. Gewijzigde omstandigheden op het werk', in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer (online).

56 V.zr. Haarlem 17 oktober 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:11649.

behoud van functie wordt herplaatst. Evengoed denkbaar is dat de gezondheid van het overige personeel en derden kan worden beschermd door een mondkapjesplicht of het verplichtstellen van andere beschermingsmiddelen. Een andere belangrijke omstandigheid in de beoordeling van de redelijkheid van het voorstel, is ook of aan de voorgenomen functiewijziging eveneens een verlaging van het loon is verbonden en, zo ja, of dit met onmiddellijke ingang is of periodiek wordt afgebouwd. De werkgever doet er in dat kader verstandig aan om in ieder geval een overgangsperiode te hanteren.

De derde stap is of aanvaarding van het voorstel in redelijkheid van de werknemer kan worden gevergd. In de literatuur wordt verschillend gedacht over het nut en de toegevoegde waarde van de derde stap ten opzicht van de (op basis van alle omstandigheden van het geval) gebaseerde tweede stap.<sup>57</sup> Een terechte vraag. De Hoge Raad heeft het immers in het kader van de redelijkheid van het voorstel over alle omstandigheden van het geval. Met Houweling e.a. denken wij dat de toegevoegde waarde van de derde stap in het bijzonder gelegen is in de bij de werkgever onbekende persoonlijke omstandigheden van de werknemer.<sup>58</sup> Voor de werknemer ligt derhalve een taak weggelegd om zijn bezwaren tijdig kenbaar te maken. Denkbaar is bijvoorbeeld het legitiem belang van de werknemer om vaccinatie te weigeren op basis van medische gronden. Een dergelijke omstandigheid zal normaal gesproken ook in het kader van de redelijkheid van het voorstel van belang zijn.

Geldt het voorgaande ook voor een tijdelijke functiewijziging? Of kan de werkgever op grond van zijn instructierecht een tijdelijke functiewijziging eenzijdig opleggen? In de rechtspraak vinden wij aanknopingspunten om te betogen dat de werkgever onder omstandigheden van de werknemer mag verlangen tijdelijk een andere passende functie uit te oefenen. In het bijzonder voor zover de functie en de daaraan verbonden werkzaamheden van de werknemer ruim zijn omschreven in de arbeidsovereenkomst en/of cao en de werkgever contractueel heeft bedongen al dan niet tijdelijk andere werkzaamheden te mogen opdragen aan de werknemer. Zo oordeelde het Hof Arnhem in 2009 dat de werkgever een instructiebevoegdheid toekomt die hij als goed werkgever binnen redelijke grenzen dient te gebruiken. Van een goed werknemer mag onder omstandigheden worden verlangd elders te werken als dat nodig is voor herstel van verstoorde arbeidsverhoudingen.<sup>59</sup> Hoewel een functiewijziging van een andere orde is dan een wijziging van de werkplek, menen wij dat een tijdelijke functiewijziging óók bij een voldoende zwaarwichtig belang van de werkgever moet kunnen, zonder dat daarvoor de criteria uit *Stoof/Mammoet* gelden. Dit laat wel onverlet dat de tijdelijke functiewijziging

wel moet voldoen aan de uit art. 7:611 BW voortvloeiende beginselen van goed werkgeverschap en de werkgever een gerechtvaardigd belang hierbij heeft, waarbij het er in feite op aankomt of deze tijdelijke inbreuk voldoet aan eisen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit.<sup>60</sup>

### 3.2.2 Gevolgen niet-accepteren

Art. 7:611 BW biedt strikt genomen niet de mogelijkheid om een functie eenzijdig te wijzigen. De Hoge Raad is in *Stoof/Mammoet* duidelijk: de werknemer is bij gebreke van een 613-beding in beginsel niet gehouden een wijzigingsvoorstel van de werkgever te aanvaarden. Daarover moet tussen partijen overeenstemming worden bereikt. Aanbod en aanvaarding dus.<sup>61</sup> Daarbij geldt dat de werkgever niet zomaar mag aannemen dat tussen partijen overeenstemming is bereikt. Daarvoor is vereist dat aan de werknemer duidelijkheid over de inhoud van die wijziging is verschaft en op grond van verklaringen en gedragingen van de werknemer mag worden aangenomen dat deze welbewust met de wijziging heeft ingestemd.<sup>62</sup> Onvoldoende is dat de werknemer de bij de nieuwe functie behorende werkzaamheden is gaan verrichten.<sup>63</sup>

Indien de werknemer ten onrechte het wijzigingsvoorstel van de werkgever weigert, wat kan de werkgever dan doen? Wij beperken ons hier tot twee mogelijkheden.<sup>64</sup> De werkgever kan in beginsel de doorbetaling van het loon stopzetten. Deze mogelijkheid is door de Hoge Raad in *Van der Lely/Taxi Hofman* aanvaard en lijkt ons terecht. De werknemer weigert immers in te stemmen met een redelijk voorstel van de werkgever.

De werkgever zal mogelijk (ook) het dienstverband willen beëindigen. Bijvoorbeeld op basis van de verwijtbaar handelen of nalaten of een verstoorde arbeidsverhouding. De werkgever zal daarvoor aanvoeren dat aanvaarding van de passende functie in redelijkheid van de werknemer mag worden gevergd. De vraag is echter of dit een voldragen e-grond kan opleveren. Toegegeven moet worden dat de rechtspraak hiervoor mogelijk aanknopingspunten biedt. Zo nam het Hof 's-Hertogenbosch immers in een recente beschikking ernstig verwijtbaar handelen of nalaten in de zin van art. 7:673 lid 7 sub c BW aan nadat de (boventallig verklaarde) werknemer een passende functie weigerde. Indien een dergelijk geval kennelijk ernstig verwijtbaar handelen kan opleveren, dan kan men betogen dat dit ook

57 Zie bijvoorbeeld F.G. Laagland & J. Kloostera, 'Artikel 7:611 BW. Kan aanvaarding door de werknemer worden gevergd', in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer (online).

58 A.R. Houweling e.a., Loonstra & Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata I*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2020, p. 650.

59 Hof Arnhem 8 december 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK6103.

60 Zie voor de beginselen van goed werkgeverschap bijvoorbeeld G.J.J. Heerma van Voss, 'De dynamiek van het goedwerkgeverschap', *TRA* 2011/77.

61 Indien de werknemer wél de door de werkgever aangeboden functie accepteert met een lager salaris, maar zonder urenverlies dan is de werkgever geen transitievergoeding verschuldigd. Zie HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:749 (*SIPOR*).

62 HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3570.

63 HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2185.

64 Zie uitgebreid J.J.M. de Laat e.a., *Eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 268-272. Wij wijzen in het bijzonder op de in deze bijdrage aan de *Amsta*-beschikking ontleende mogelijkheid die art. 3:300 BW mogelijkkerwijs biedt.

geldt voor de onderhavige situatie. Temeer nu immers reeds in die fase vaststaat dat het voorstel van de werkgever redelijk is en aanvaarding daarvan in redelijkheid van de werknemer mag worden geveerd. Toch plaatsen wij onze vraagtekens bij deze redenering. Hoewel in deze fase vaststaat dat de werknemer als goed werknemer had behoren in te stemmen met het voorstel van de werkgever, laat dit onverlet dat de Hoge Raad in *Stoof/Mammoet* de partijautonomie voorop heeft geplaatst. Dat wil zeggen dat de werknemer dus de vrijheid heeft om de nieuwe functie al dan niet te accepteren. Verwijtbaar handelen of nalaten in de zin van art. 7:669 lid 3 sub e BW laat zich moeilijk rijmen met die vrijheid. Anders ligt dit mogelijkerwijs voor de g-grond. Voor de g-grond is immers niet vereist dat sprake is van enige mate van verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer.<sup>65</sup> Wij kunnen ons, gelet op de aard en het belang van deze arbeidsvoorwaarde, voorstellen dat de onderlinge verhoudingen dusdanig verstoord raken dat partijen in een onwerkbaar situatie terechtkomen. In beginsel zullen van de werkgever wel inspanningen mogen worden verwacht om de arbeidsverhoudingen te normaliseren alvorens men toekomt aan ontbinding. Maar als dit niet meer mogelijk is, dan ligt ontbinding op de g-grond mogelijk in de rede.

### 3.3 Ontslag op staande voet gerechtvaardigd?

Het ontslag op staande voet wordt door sommigen beschouwd als de ‘arbeidsrechtelijke doodstraf’. Tegen die achtergrond lijkt een ontkennende beantwoording van de vraag of een weigerachtige werknemer op staande voet kan worden ontslagen voor de hand te liggen. De wet lijkt dit echter bij eerste lezing niet geheel uit te sluiten. Het hardnekkig weigeren te voldoen aan een door de werkgever gegeven redelijk bevel of opdracht, kan op grond van art. 7:678 lid 2 sub j BW een dringende reden opleveren. De Hoge Raad formuleert het zelfs stellig: ‘(...) *uitgangspunt moet zijn dat een bij herhaling niet voldoen door een werknemer aan een op zichzelf redelijke opdracht van de werkgever, in beginsel een dringende reden oplevert.*’<sup>66</sup>

Zoals uit de wettekst en rechtspraak blijkt, moet het gaan om een redelijke opdracht of redelijk bevel. Hoe dient de redelijkheid van de opdracht of bevel te worden vastgesteld? Op die vraag is A-G Vlas ingegaan in zijn conclusie voor een arrest dat door de Hoge Raad op grond van art. 81 RO zonder motivering is afgedaan.<sup>67</sup> Wij staan hier, gelet op de raakvlakken met het onderhavige onderwerp, nader bij stil. De werknemer in deze zaak – een brandwacht – was op staande voet ontslagen, omdat hij weigerde voorafgaand aan zijn dienst een door de opdrachtgever verplicht gestelde bloedtest te ondergaan. Het Hof ’s-Hertogenbosch liet het ontslag op staande voet in stand, kortweg omdat het belang van de werkgever bij de bloedtest zwaarder woog dan het belang

van de werknemer.<sup>68</sup> De werknemer klaagde in cassatie dat het hof van een onjuist toetsingskader was uitgegaan. Nu door de werknemer een beroep was gedaan op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, had het hof eerst het beroep op dat grondrecht moeten onderzoeken alvorens toe te komen aan de vraag of de opdracht om bloed af te staan, gelet op de belangen van de werkgever afgewogen tegen de belangen van de werknemer, redelijk was, aldus het betoog van de werknemer.

A-G Vlas deelde deze opvatting niet.<sup>69</sup> Bij de beantwoording van de vraag of een opdracht of bevel redelijk is, moet het belang van de werkgever en het belang van de werknemer tegen elkaar worden afgewogen. Daarbij maakt de omstandigheid dat een werknemer steekhoudende bezwaren heeft niet dat een bevel of opdracht per definitie onredelijk is. Ook in dat geval kan de opdracht of het bevel van de werkgever onder omstandigheden als redelijk worden beschouwd. Het beroep op een grondrecht vormt volgens de advocaat-generaal een zwaarwegende factor bij de beoordeling of de werknemer een steekhoudend bezwaar heeft, maar is niet absoluut. Steeds dient te worden beoordeeld of het beroep op een grondrecht (i) een steekhoudend bezwaar vormt en (ii) of dit maakt dat een gegeven bevel of opdracht niet redelijk is. In dat verband komt het aan op een belangenafweging, waarin het beroep op het grondrecht is verdisconteerd.<sup>70</sup>

Terug naar de vraag of het ontslag op staande voet van een weigerachtige werknemer mogelijk is. De wettekst lijkt dit onder omstandigheden mogelijk te maken. Ditzelfde geldt voor de rechtspraak, al realiseren wij ons tegelijkertijd dat een vaccinatieplicht van een andere orde is dan een bloedtest en dat de redelijkheid van de opdracht of het bevel dan ook minder snel zal worden aangenomen.<sup>71</sup> Dit laat evenwel onverlet dat de hierboven genoemde uitspraak en de conclusie van A-G Vlas duidelijk maken dat bij een voldoende zwaarwegend belang van de werkgever niet is uitgesloten dat het ontslag op staande voet de toets der kritiek zal doorstaan. Ook niet als aan de zijde van de werknemer een grondrecht in het geding is. De omstandigheid dat een grondrecht in het geding is, is immers op zichzelf niet doorslaggevend, maar vormt wel een (belangrijke) omstandigheid in de belangenafweging. Persoonlijk vinden wij een ontslag op staande voet niet aan de orde en is onze verwachting dat een ontslag op staande voet in rechte in de regel geen stand houdt. Het ontslag op staande voet moet immers als *ultimum remedium* worden beschouwd, bedoeld voor daden, eigenschappen of

65 HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220.

66 HR 20 juni 2003, NJ 2003/523 (Wickel/Klene).

67 HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3193.

68 Hof ’s-Hertogenbosch 10 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1718, «JAR» 2014/241, m.nt. I.J. de Laat.

69 Conclusie A-G P. Vlas bij HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3193.

70 De conclusie van de advocaat-generaal strekte uiteindelijk tot afwijzing van het cassatieberoep, omdat het hof het hiervoor geschetste toetsingskader niet had miskend en in het arrest van het hof voldoende lag besloten dat het hof de in het *Hyatt I*-arrest genoemde criteria (impliciet) had getoetst. Zie voor een kritische noot bij deze uitspraak en de conclusie: W.L. Roozendaal, ‘Een loodkeuring is volgens de rechter verplicht. Anders: de wetgever?’, *AR* 2015-1069.

71 Wel dient enige pas op de plaats te worden gemaakt nu de Hoge Raad zich hier inhoudelijk nog niet over heeft uitgelaten.

gedragingen van de werknemer, die ten gevolge hebben dat van de werkgever redelijkerwijze niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (art. 7:678 lid 1 BW). In onze optiek kan daaronder zonder wettelijke verplichting niet worden geschaard de weigering tot vaccineren. Dit betreft immers een dermate grote inbreuk op de persoonlijke levenssfeer dat in de regel niet gezegd kan worden dat een dergelijke weigering tot een dringende reden leidt.

### 3.4 Ontbinding arbeidsovereenkomst

Tot slot komen wij toe aan de vraag in hoeverre het weigeren van een vaccinatie een redelijke grond in de zin van art. 7:669 lid 3 BW kan opleveren. Wij staan stil bij de gronden f tot en met h.

#### 3.4.1 F-grond

Hoewel wellicht vergezocht, is interessant de vraag of de werkgever met succes ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de f-grond kan verzoeken.<sup>72</sup> Daarvoor zal de werkgever aannemelijk moeten maken dat de werknemer weigert de bedongen arbeid te verrichten wegens een ernstig gewetensbezwaar en aannemelijk is dat de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht.<sup>73</sup> Onze verwachting is dat de werkgever het bestaan van een ernstig gewetensbezwaar wel aannemelijk kan maken. Daarvan is immers sprake als de werknemer in gewetensnood komt indien hij in het kader van de uitoefening van zijn werkzaamheden wordt gedwongen dingen te doen of na te laten, te zeggen of te verzwijgen die niet overeenstemmen met zijn persoonlijke normen en waarden.<sup>74</sup> Denkbaar is bijvoorbeeld dat werknemers vanwege bepaalde geloofsovertuigingen of principiële opvattingen over COVID-19 en de vaccinatie daartegen, tegen vaccinatie zijn. In de regel zal de werkgever meer moeite hebben met aannemelijk maken dat de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht. Op dit punt wordt veel van de werkgever verwacht, bijvoorbeeld overplaatsing van de werknemer. De werkgever zal dus voldoende inspanningen moeten verrichten en aannemelijk moeten maken dat géén ander werk (of eigen werk in aangepaste vorm) voorhanden is waarin het ernstige gewetensbezwaar niet bestaat. Ten slotte kan men erover twisten of in een dergelijk geval sprake is van een situatie waarin *de werknemer weigert de bedongen arbeid te verrichten*. Want is het immers niet de werkgever die de werknemer de toegang ontzegt? Hoe strikt moet deze passage worden gelezen? Kan de werkgever, die met zijn werknemer al dan niet in de functieomschrijving of de arbeidsovereenkomst heeft bedongen dat de vaccinatie noodzakelijk is voor de uitoefening van de functie, betogen dat deze afspraak daarmee onderdeel is van de bedongen arbeid en de werknemer daarmee *de facto* weigert zijn

bedongen arbeid te verrichten?<sup>75</sup> Onze verwachting is niet dat veel rechters dit betoog zullen volgen, uitgesloten lijkt het ons echter ook niet.

#### 3.4.2 G-grond

In hoeverre kan de werkgever zich bijvoorbeeld op het standpunt stellen dat door de hardnekkige weigering van de werknemer een zodanig verstoorde arbeidsverhouding is ontstaan dat in redelijkheid van hem niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst voort te zetten? Weliswaar kent de g-grond percentueel de meeste toewijzingen, dit laat onverlet dat voor toewijzing in beginsel geldt dat de verstoring ernstig én duurzaam moet zijn.<sup>76</sup> Uiteindelijk is ook in dit verband cruciaal of het belang van de werkgever prevaleert ten opzichte van het belang van de werknemer, hetgeen zoals hiervoor reeds is uiteengezet, in uitzonderlijke gevallen naar onze mening het geval kan zijn. Het enkele feit dat de belangenafweging in het voordeel van de werkgever uitvalt, rechtvaardigt op zichzelf nog geen ontbinding op de g-grond. Wij menen dat daarvoor bijkomende omstandigheden nodig zijn. Dergelijke omstandigheden kunnen zijn gelegen in de houding van de werknemer. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de werknemer ieder overleg met de werkgever weigert of, zoals hiervoor is uiteengezet, weigert in te stemmen met een redelijk voorstel van de werkgever om de werknemer in een passende functie te herplaatsen.<sup>77</sup> In het algemeen mag van de werkgever immers worden verwacht dat hij voldoende heeft gedaan om de verstoorde arbeidsverhouding te herstellen.<sup>78</sup>

#### 3.4.3 H-grond

Vervolgens kan bezien worden in hoeverre een weigering van de werknemer om zich te vaccineren een ontslag op de h-grond rechtvaardigt. Daarvan kan sprake zijn als de door de werkgever aangevoerde omstandigheden voor het ontslag niet vallen onder één van de overige ontslaggronden en van de werkgever niet langer in redelijkheid kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Dat kan bijvoorbeeld indien is komen vast te staan dat de arbeidsovereenkomst inhoudsloos is geworden.<sup>79</sup> Indien wordt aangenomen dat het gevaccineerd zijn van de werknemer een noodzakelijke voorwaarde is voor de uitvoering van de functie (wellicht zou gedacht kunnen worden aan de zorg voor kwetsbare patiënten), kan dat wellicht mogelijk zijn. In dat geval kan

72 Deze ontbindingsgrond speelt in de praktijk nauwelijks een rol van betekenis. Zie voor een overzicht van een aantal voorbeelden uit de rechtspraak F.J.L. Pennings & L.C.J. Sprengers (red.), *De Wet werk en zekerheid* (Monografieën Sociaal Recht nr. 72), Deventer: Wolters Kluwer 2018, 4.3.4 (online).

73 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 45.

74 J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 135.

75 Een dergelijke 'vaststelling' lijkt ons in beginsel mogelijk. Uit deze enkele vaststelling vloeien immers geen rechten en verplichtingen voort voor partijen. Anders is de afspraak tussen de werkgever en werknemer op grond waarvan de laatstgenoemde zich verplicht om zich te laten vaccineren. Een dergelijke bepaling lijkt ons in strijd met de wet, de goede zeden of de openbare orde (art 3:40 BW).

76 P. Kruit & I.H. Kersten, 'Statistiek Ontbindingsprocedure Q1 en Q2 2020: i-grond vooralsnog dode letter', *ArbeidsRecht* 2020/40.

77 Een recente uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch leert dat het weigeren van een passende functie na verval van de functie van werknemer ernstig verwijtbaar handelen in de zin van art. 7:673 lid 7 sub c BW oplevert. Zie Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:236.

78 F.J.L. Pennings & L.C.J. Sprengers (red.), *De Wet werk en zekerheid* (Monografieën Sociaal Recht nr. 72), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 47.

79 Bijv. Ktr. Limburg 30 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2711.

betoogd worden dat de arbeidsovereenkomst, door weigering van de werknemer, inhoudsloos is geworden en daarom zou kunnen worden beëindigd op de h-grond. Hierbij moet de werkgever dan dus wel eerst aannemelijk kunnen maken dat de vaccinatie een wezenlijk onderdeel is van de functie. Dat lijkt ons geen makkelijk te nemen hindernis. Een dergelijk betoog heeft naar ons oordeel het meeste kans van slagen wanneer van overheidswege vaccinatie voor werknemers in bepaalde functies is voorgeschreven. De situatie zou dan vergelijkbaar zijn met bijvoorbeeld de wettelijke verplichting om een VOG over te leggen<sup>80</sup> en kan in dat uitzonderlijke geval mogelijk een ontbinding rechtvaardigen.<sup>81</sup> Een dergelijk wettelijk voorschrift is thans nog niet gegeven.

### Het antwoord luidt wat ons betreft, behoudens uitzonderlijke gevallen, ontkennend, maar het blijft een 'prik-kelbaar' onderwerp

In een uitzonderlijk geval uit 2017 werd een kleuterleidster op de h-grond ontslagen, omdat de werkgever, wegens doodsb bedreigingen aan het adres van de werkneemster, de veiligheid op de werkvloer niet langer kon garanderen.<sup>82</sup> De werkgever moest de veiligheid garanderen van jonge kinderen en andere werknemers en de aanwezigheid van de werkneemster maakte dat onmogelijk. Het feit dat de werkneemster zelf geen verwijt kon worden gemaakt van het ontstaan van de situatie deed daar niet aan af. Deze uitspraak is gezien de specifieke context uiteraard niet één-op-één toe te passen op hetgeen centraal staat in dit artikel, maar kan mogelijk toch aanleiding geven voor het betoog dat een ongevaccineerde werknemer collega's of derden waarvoor de werkgever een zorgplicht heeft, in gevaar brengt met zijn aanwezigheid op de werkvloer. Dat gevaar kan dan mogelijk aanleiding zijn voor een ontbinding.

Tot slot geldt zowel voor de f- tot en met h-grond dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst slechts aan de orde zal zijn voor zover de werkgever voldoende herplaatsingsinspanningen heeft verricht. De werkgever is bij ontslag wel de transitievergoeding verschuldigd. Van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten in de zin van art. 7:673 lid 7 sub c BW zal geen sprake zijn.

#### 4. Intermezzo: ziek door COVID-19

In de praktijk kan zich natuurlijk ook de situatie voordoen dat een werknemer zich niet laat vaccineren en op enig moment uitvalt met COVID-19-klachten. Buiten kijf staat dat een dergelijke situatie onder het bereik van art. 7:629 lid 1 BW valt, mits deze klachten de betreffende werknemer daadwerkelijk ongeschikt maken tot het verrichten van zijn bedongen

arbeid. Uitgangspunt is dus dat de werknemer in ieder geval aanspraak maakt op ten minste 70% van het naar tijdruimte vastgestelde loon. Anders is dit voor de werknemer die weliswaar (milde) COVID-19-klachten ervaart, maar wel in staat is thuis zijn bedongen arbeid te verrichten. Deze werknemer is immers in staat tot het verrichten van zijn bedongen arbeid en maakt derhalve aanspraak op zijn volledige loon.

De werkgever zal zich mogelijk de vraag stellen in hoeverre hij succesvol kan betogen dat de ziekte van de werknemer opzettelijk is veroorzaakt (art. 7:629 lid 3 sub a BW) als hij eerder een vaccinatie heeft geweigerd. De werknemer heeft, zo zal de werkgever betogen, immers door zich niet te laten vaccineren de aanmerkelijke kans aanvaard ziek te worden. Dit betoog zal de werkgever echter niet baten. Voorwaardelijk opzet is voor art. 7:629 lid 3 sub a BW onvoldoende.<sup>83</sup> In de parlementaire toelichting is immers opgemerkt dat de opzet van de werknemer gericht moet zijn op het veroorzaken van ziekte. Opzettelijk risicovol gedrag met arbeidsongeschiktheid tot gevolg is onvoldoende.<sup>84</sup> Dit geldt evenwel niet voor zover werkgever en werknemer of cao-partijen een bovenwettelijke suppletie zijn overeengekomen. Het staat (cao-) partijen vrij om andere voorwaarden en andere (dan de in art. 7:629 lid 3 BW genoemde) beperkingen te verbinden aan het bovenwettelijke deel.<sup>85</sup> Zo kunnen werkgever en werknemer overeenkomen dat geen verplichting bestaat het loon aan te vullen, indien de werknemer een (ernstig) verwijt valt te maken of de aanmerkelijke kans heeft aanvaard om ziek te worden.<sup>86</sup>

#### 5. Stimuleren

Zoals hiervoor is betoogd, biedt het arbeidsrechtelijk instrumentarium de werkgever in de meeste gevallen geen soelaas. Interessant is de vraag in hoeverre het de werkgever wel is toegestaan werknemers op andere wijze te stimuleren zich te laten vaccineren, bijvoorbeeld door het aanbieden van een bonus of extra vrije dagen.<sup>87</sup> Vanuit arbeidsrechtelijk oogpunt bezien lijkt daar niet zoveel op tegen, mits de werkgever niet in strijd handelt met de gelijkebehandelingswetgeving, de vrijwilligheid van de werknemer voldoende blijft gewaarborgd en de werknemer nadrukkelijk instemt met een dergelijke regeling. Voorts zouden wij hieraan willen toevoegen dat op de werkgever op grond van art. 7:611 BW in beginsel de verplichting rust om werknemers op deugdelijke wijze te informeren over het vrijwillige karakter van deze regeling.<sup>88</sup> Onder deze voorwaarden zien wij vanuit arbeidsrechtelijke

<sup>80</sup> Vgl. Rb. Limburg 30 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2771.

<sup>81</sup> Ktr. Zeeland-West-Brabant 8 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2143.

<sup>82</sup> Gerechtshof Amsterdam 2017, «JAR» 2017/166.

<sup>83</sup> Zie laatstelijk nog Ktr. Leeuwarden 15 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:148.

<sup>84</sup> Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24439, nr. 6, p. 74.

<sup>85</sup> HR 14 maart 2008, «JAR» 2008/110 (*Zutekouw/Van Oort*).

<sup>86</sup> Zie bijvoorbeeld art. 16 lid 2 Cao Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen en art. 7.3 Cao voor het horeca- en aanverwante bedrijf.

<sup>87</sup> Deze vraag doet zich in de praktijk veel voor. Zie bijvoorbeeld <https://www.ad.nl/werk/deze-medewerkers-krijgen-100-euro-als-ze-zich-laten-vaccineren-teen-het-coronavirus~af950ae5/>.

<sup>88</sup> Conclusie A-G R.H. de Bock vóór HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (*Xella*).

lijk oogpunt geen bezwaren. Natuurlijk kan men hiertegen inbrengen dat werknemers in feite worden gestimuleerd bepaalde fundamentele (grond)rechten prijs te geven. Het is echter de vraag in hoeverre dit tegen de achtergrond van het vrijwillige karakter van deze regeling bezwaarlijk is. Het staat de werknemer namelijk vrij om al dan niet in te stemmen met een dergelijke regeling. Kiest de werknemer ervoor van deze regeling geen gebruik te maken, dan heeft dat direct noch indirect consequenties voor zijn dienstverband. Uiteraard geldt dit wel onder de premisse dat het de werknemer werkelijk vrijstaat om hier al dan niet mee in te stemmen. Anders is de situatie waarin de werknemer weet of het gegronde vermoeden heeft dat het weigeren arbeidsrechtelijke consequenties heeft. In dat geval kan het de werknemer in beginsel niet worden verweten als hij weigert in te stemmen.

In onze optiek lijkt een dergelijke afspraak of faciliteit echter wel op gespannen voet te staan met de AVG en de UAVG en daarmee ontoelaatbaar. Op grond van art. 9 lid 1 AVG alsmede art. 22 lid 1 UAVG geldt immers een verbod op verwerking van bijzondere persoonsgegevens, waaronder onder meer wordt begrepen gegevens over gezondheid. Om een additionele vergoeding te kunnen toekennen, moet de werkgever of diens salarisadministratie weten wie zich wel en wie zich niet heeft laten vaccineren. Daarmee is, gelet op de ruime definitie, sprake van het verwerken van bijzondere persoonsgegevens, hetgeen in strijd is met de AVG en UAVG. Het enkele feit dat de werknemer hiervoor uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven (art. 22 lid 2 sub a UAVG) kan de werkgever in een dergelijk geval vermoedelijk niet baten. Gezien de tussen partijen bestaande afhankelijkheidsrelatie is het namelijk onwaarschijnlijk dat de werknemer zijn toestemming kan onthouden zonder angst

of reële dreiging van nadelige gevolgen als gevolg van die weigering.<sup>89</sup>

## 6. Tot slot

COVID-19 heeft een grote maatschappelijke en economische impact. Tegelijkertijd is het voer voor interessante arbeidsrechtelijke discussies. Een voorbeeld daarvan is de recente uitspraak over het al dan niet bestaan van een mondkapjesverplichting. Evident is dat hier verschillend over kan worden gedacht. Dit geldt in onze optiek niet voor de vaccinatieplicht. Die is er in onze optiek namelijk niet. In deze bijdrage hebben wij onderzocht of de werkgever wel arbeidsrechtelijke maatregelen kan verbinden aan het weigeren van een vaccinatie. Het antwoord luidt wat ons betreft, behoudens uitzonderlijke gevallen, ontkennend, maar het blijft een ‘prik-kelbaar’ onderwerp.

*Dit artikel is afgesloten op 2 februari 2021.*

### Over de auteurs



**Mr. A. (Alex) Olsthoorn**

Advocaat bij Ten Holter Noordam advocaten.



**Mr. D. (Dennis) Schwartz**

Advocaat bij De Voort Advocaten | Mediators

<sup>89</sup> Zie Groep gegevensbescherming art. 29, *Richtsnoeren inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/679*.