

# Dit p(r)ik ik niet!

## Een (indirecte) vaccinatieplicht op de werkvloer?

TRA 2021/83

**Het weigeren van het dragen van een mondkapje op de werkvloer kan arbeidsrechtelijke gevolgen hebben, zo heeft een kantonrechter in maart dit jaar bevestigd.<sup>2</sup> Als vervolg daarop rijst de vraag of werknemers (ook) kunnen worden verplicht tot een Covid-19-vaccinatie en of de werkgever, als de werknemer dat weigert, aan die weigering arbeidsrechtelijke represailles kan verbinden. Deze vraag staat centraal in dit artikel.**

### 1. Inleiding

Hoewel het overgrote deel van Nederland verheugd is over het vaccin, is er ook een groep die twijfelt aan de werking van het vaccin of zich zorgen maakt over mogelijke bijwerkingen.<sup>3</sup> Voor groepsimmunititeit is vereist dat voldoende personen zich laten vaccineren. Ook op de werkvloer is dit van groot belang, zeker in sectoren waar thuiswerken niet (goed) mogelijk is en/of afstand houden (ook) geen optie is. Dit roept de vraag op of de werkgever de werknemer kan verplichten tot vaccinatie en zo ja, onder welke omstandigheden. En kan de werknemer bij weigering worden geconfronteerd met arbeidsrechtelijke represailles?

Dit artikel beoogt een bijdrage te leveren aan de discussie over de (on)mogelijkheden voor werkgevers om werknemers te verplichten zich te laten vaccineren tegen Covid-19. In paragraaf 2 wordt de mogelijke wettelijke grondslag voor een vaccinatieplicht beschreven. Vervolgens wordt ingegaan op de vraag wat een weigering van de werknemer tot gevolg heeft. Paragraaf 3 geeft een overzicht van mogelijke arbeidsrechtelijke consequenties. In paragraaf 4 wordt kort stilgestaan bij de AVG, daar het invoeren van een vaccinatieplicht betekent dat de werkgever zal willen registreren wie is gevaccineerd. Afgesloten wordt met een conclusie.

<sup>1</sup> Mr. L. van Baarsel is in mei 2021 afgestudeerd aan de Master Rechtsgeleerdheid aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Dit artikel is gebaseerd op haar afstudeeronderzoek. Sinds augustus 2021 is zij werkzaam als advocaat arbeidsrecht & gezondheidsrecht bij KBS Advocaten N.V. te Utrecht. Mr. D.J. Kolk is partner-advocaat arbeidsrecht bij KBS Advocaten. Speciale dank gaat uit naar: mr. dr. D.M.A. Bij de Vaate en prof. dr. W.L. Roozendaal.  
<sup>2</sup> Rb. Midden-Nederland 13 januari 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:51. Zie ook: Rb. Noord-Holland 21 september 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:8121.  
<sup>3</sup> Het RIVM doet onderzoek naar de vaccinatiebereidheid van burgers tegen Covid-19. Op dit moment is 91% bereid tot vaccinatie. De recente cijfers van het RIVM staan op: <https://www.rivm.nl/gedragsonderzoek/trendonderzoek#Vaccinatiebereidheid>.

### 2. Een verplichte Covid-19-vaccinatie voor werknemers?

#### 2.1 De wettelijke grondslag voor een vaccinatieplicht

Een directe verplichting tot vaccineren, in die zin dat een werknemer wordt gedwongen zich te laten vaccineren, bestaat niet. Daarvoor is geen wettelijke grondslag en een dergelijke verplichting past ook niet in een arbeidsrelatie.

Wél is de werkgever gelet op de arboverplichtingen, specifiek artikel 3 en artikel 10 Arbowet, verplicht om al het redelijke te doen om de veiligheid van werknemers, maar ook die van derden die betrokken (kunnen) zijn bij de arbeid, te waarborgen. Nu deze bepalingen niet zien op een situatie als Covid-19, is tijdelijk een specifieke bepaling opgenomen in artikel 3.2a Arbobesluit:

“Ter voorkoming of beperking van de kans op besmetting van werknemers en derden met SARS-CoV-2 worden op arbeidsplaatsen (...) tijdens de daarvoor noodzakelijke maatregelen en voorzieningen getroffen.”

De werkgever moet dus tijdig maatregelen treffen om besmetting op het werk zoveel mogelijk te voorkomen. Welke maatregelen dat zijn, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Werknemers verzoeken zich te laten vaccineren tegen Covid-19, kan een door de werkgever getroffen maatregel zijn ter uitvoering van zijn zorgplicht. Denkbaar is dat minder ingrijpende maatregelen, zoals thuiswerken, afstand houden of beschermingskleding dragen, niet mogelijk of onvoldoende zijn om het besmettingsgevaar voldoende te beperken. De werkgever is dan genoodzaakt verdere maatregelen te treffen om de veiligheid te kunnen waarborgen. Vaccinatie kan daartoe een optie zijn.

Het uit hoofde van de zorgplicht ter beschikking stellen van een vaccinatie is op zich niets nieuws. Op grond van artikel 4.91 Arbobesluit is de werkgever verplicht om aan werknemers, die niet immuun zijn voor biologische agentia<sup>4</sup> terwijl deze agentia een ernstige ziekte kunnen veroorzaken, vaccinaties ter beschikking te stellen. Een dergelijk vaccinatiebeleid geldt bijvoorbeeld voor werkgevers voor Hepatitis-B-vaccinaties in de gezondheidszorg. Een werkgever is verplicht om bij werknemers, die werkzaam zijn in medische en paramedische beroepen en die een kans lopen intensief met humaan bloed in contact te komen, in de gelegenheid te stellen zich tegen Hepatitis-B te laten vaccineren.

<sup>4</sup> Biologische agentia zijn onder meer bacteriën, virussen, parasieten en schimmels die een infectie, vergiftiging of allergie kunnen veroorzaken.

Dit strekt niet alleen ter bescherming van de werknemers zelf, maar ook ter bescherming van collega's en patiënten.<sup>5</sup>

Eenzelfde benadering kan worden toegepast op de situatie van Covid-19. Indien werknemers worden blootgesteld aan omstandigheden die een gevaar voor de veiligheid kunnen opleveren (kans op besmetting met Covid-19), dan is de werkgever gehouden om werknemers in de gelegenheid te stellen zich te laten vaccineren tegen Covid-19. Dit zal voornamelijk een rol spelen binnen zorginstellingen, maar mogelijk ook bij andere contactberoepen.

### 2.2 De grondrechtelijke bescherming werknemers

Hoewel de werkgever op grond van de op hem rustende arboverplichtingen gehouden kan zijn een vaccinatie voor werknemers te realiseren, impliceert dit nog niet dat de werknemer zich daadwerkelijk moet laten vaccineren. De werknemer kan weigeren. Het Nederlandse vaccinatiebeleid kent immers een vrijblijvend karakter. In het geval dat aan die weigering consequenties kunnen worden verbonden, is sprake van een indirecte verplichting tot vaccineren (vaccinatiedrang), daar de beslissingsruimte c.q. keuzevrijheid van de werknemer wordt ingeperkt. Een indirecte vaccinatieplicht botst met het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (artikel 10 Grondwet) en het recht op onaantastbaarheid van de lichamelijke integriteit (artikel 11 Grondwet).<sup>6</sup>

Een dergelijke inbreuk op de grondrechten van de werknemer is enkel toelaatbaar als de werkgever kan aantonen dat de inbreuk gerechtvaardigd is en daarmee voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Het belang van de werkgever voor het indirect verplicht stellen van een vaccinatie moet dan zodanig zijn dat het belang van de werknemer bij weigering van een vaccinatie daarvoor moet wijken. Hiervan zal niet snel sprake zijn. Of hiervan sprake is, is mede afhankelijk van de gevolgen van de weigering.

### 3. De mogelijke arbeidsrechtelijke consequenties voor weigerende werknemers

Indien een werknemer vaccinatie tegen Covid-19 weigert, is het de vraag welke arbeidsrechtelijke gevolgen daaraan kunnen worden verbonden en in welke gevallen daarmee een indirecte vaccinatieplicht kan worden bewerkstelligd. Een drietal mogelijke arbeidsrechtelijke gevolgen wordt uiteengezet.

#### 3.1 Aanpassing werk of wijziging van de functie?

Een eerste mogelijk gevolg is aanpassing van de werkzaamheden of, indien dit onvoldoende is om het besmettingsgevaar te beperken, een functiewijziging. Een tijdelijke aanpassing van de werkzaamheden zal veelal geen

probleem zijn. De werkgever kan dit op grond van zijn instructiebevoegdheid realiseren.

Kenmerkend voor de instructiebevoegdheid ex artikel 7:660 BW van de werkgever is dat instemming van de werknemer niet vereist is. De werknemer dient de instructie in beginsel op te volgen. Vereist is wel dat de instructie de toets van goed werkgeverschap kan doorstaan. Ons inziens is daarbij van belang dat de werkgever bij de gegeven instructie kiest voor de minst ingrijpende optie voor de werknemer. Zo is de instructie tot het dragen van beschermingskleding minder ingrijpend dan de instructie een Covid-19-test te doen, is een Covid-19-test minder ingrijpend dan een vaccinatie en hetzelfde geldt voor het verrichten van ander passend werk. Gekeken moet worden welke instructie in de gegeven situatie het minst ingrijpend is voor de werknemer, maar wel afdoende werkt om de veiligheid op de werkvloer te kunnen waarborgen. Wat concreet als redelijk heeft te gelden, verschilt per situatie.

Voor het doorvoeren van een functiewijziging ligt dit anders, nu hiervoor in beginsel instemming van de werknemer vereist is. Weigert de werknemer, dan kan de werkgever een functiewijziging enkel doorvoeren als het voorstel de redelijkheidstoets kan doorstaan.<sup>7</sup> Uitgangspunt is immers dat de werknemer met redelijke voorstellen van de werkgever die verband houden met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen moet instemmen en deze slechts mag afwijzen indien aanvaarding daarvan redelijkerwijs niet van hem gevergd kan worden.<sup>8</sup>

Bij functiewijziging als gevolg van een weigering tot vaccinatie is van belang of het voorstel van de werkgever redelijk is. Een dergelijk voorstel kan onredelijk zijn, zeker wanneer de werknemer wel bereid is om minder ingrijpende maatregelen, zoals een periodieke Covid-19-test, te accepteren.

Enkel in de situatie dat de werknemer zowel een vaccinatie als een test weigert, en er geen andere middelen voorhanden zijn, zal een (tijdelijke) functiewijziging redelijk kunnen zijn. Het wijzigen van de werkzaamheden of het (tijdelijk) herplaatsen van de werknemer naar een andere afdeling is dan de minst ingrijpende optie.

Vereist is wel dat de werkgever een passende andere functie aanbiedt. In de rechtspraak wordt gekeken of de voorgestelde functie de toets van artikel 9 lid 3 Ontslagregeling

<sup>5</sup> Zie hiervoor specifiek artikel 18 Arboret jo. artikel 4.91 lid 6 Arbobesluit. Voor meer informatie zie: RIVM, 'Hepatitis-B-vaccinatie voor medewerkers in de gezondheidszorg', Nederlands Hepatitis Centrum, september 2013.

<sup>6</sup> Een dergelijke verplichting kan ook botsen met het recht op vrijheid van godsdienst (artikel 6 Grondwet). Gelet op de omvang van het artikel wordt hier niet nader op ingegaan.

<sup>7</sup> De werkgever kan ook, mits hij dit heeft bedongen, een beroep doen op het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden binnen de grenzen van artikel 7:613 BW. De werkgever kan eveneens een beroep doen op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:248 lid 2 BW en/of een beroep doen op onvoorzien omstandigheden ex artikel 6:258 BW. Gelet op de omvang van deze bijdrage wordt niet nader op deze wijzigingsmogelijkheden ingegaan.

<sup>8</sup> HR 26 juni 1998, NJ 1998/199 (*Van der Lely/Taxi Hofman*).

kan doorstaan.<sup>9</sup> Indien de nieuwe functie enigszins aansluit op de oude functie, zal een wijzigingsvoorstel eerder de redelijkheidstoets doorstaan. De werkgever zal ook moeten ingaan op de duur van de wijziging: permanent of tijdelijk? Een wijziging van tijdelijke aard zal eerder aan de redelijkheidstoets voldoen.<sup>10</sup> Ook de redenen van een weigering aan de kant van de werknemer wegen mee. Is die weigering bijvoorbeeld gebaseerd op medische motieven, dan zal minder snel van de werknemer gevergd kunnen worden met het wijzigingsvoorstel in te stemmen.<sup>11</sup> De weigering moet wel van steekhoudende argumenten voorzien zijn en niet enkel berusten op het bagatelliseren van Covid-19. Tot slot is het ook aan de werknemer om tijdig zijn bezwaren kenbaar te maken aan de werkgever. Doet hij dit niet, dan geeft dat meer ruimte voor het doorvoeren van de wijziging.<sup>12</sup>

### 3.2 Niet welkom op de werkvloer?

Een tweede mogelijkheid is de werknemer de toegang tot de werkvloer te ontzeggen. Dat is denkbaar in het geval er sprake is van een verhoogd risico op besmetting met Covid-19 op het werk en het dragen van beschermingskleding, afstand houden en/of thuiswerken niet mogelijk is c.q. onvoldoende bescherming biedt. Wil de werkgever dan toch aan zijn arboverplichtingen voldoen, dan kan hij de werknemer dringend verzoeken een Covid-19-vaccinatie te nemen of, indien de werknemer dat weigert, de werknemer de instructie geven zich preventief – in ieder geval gedurende de periode van een hoog besmettingsgevaar – te laten testen op Covid-19 en/of gedurende die periode tijdelijk ander passend werk te verrichten.

Wanneer de werknemer een redelijke instructie van de werkgever (stelselmatig) weigert, dan kan de werkgever de werknemer de toegang tot de werkvloer ontzeggen. Is de werknemer later bereid om (alsnog) aan de instructie te voldoen, dan kan de werknemer weer aan het werk gaan.

Gedurende de periode van niet werken is de werkgever in beginsel op grond van de hoofdregel van artikel 7:628 lid 1 BW gehouden het loon door te betalen. Slechts indien het geheel of gedeeltelijk niet verrichten van de overeengekomen arbeid in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen, heeft deze geen recht op loondoorbetaling.<sup>13</sup>

Afhankelijk van de specifieke situatie zou een weigering van de werknemer tot vaccinatie – en het als gevolg daar-

van niet kunnen verrichten van de arbeid – voor risico van de werknemer kunnen komen.

Een kantonrechter oordeelde begin dit jaar dat de weigering van de werknemer tot het dragen van een mondkapje, mede gelet op het grote belang om besmettingsgevaar te voorkomen, een gerechtvaardigde grond was voor loonopschorting.<sup>14</sup> Met andere woorden: het niet opvolgen van een redelijke instructie kan leiden tot het verliezen van het recht op loon.<sup>15</sup> Voorstelbaar is dat een dergelijk oordeel ook opgaat bij het weigeren een Covid-19-vaccinatie te nemen. Weliswaar is het uitgangspunt “geen arbeid, wel loon”, maar dit laat onverlet dat nog altijd sprake is van een toerekening naar redelijkheid. In de voorbeeldsituatie zoals hiervoor geschetst, heeft de werkgever al het redelijke gedaan om de veiligheid op het werk te waarborgen. Als de werknemer dan zowel een vaccinatie, een Covid-19-test als ook ander passend werk weigert, staat de werkgever ‘met de rug tegen de muur’. Anders dan de normale bedrijfsrisico's, die in de risicosfeer van de werkgever vallen, zal een belangenafweging in een situatie als deze in het nadeel van de werknemer kunnen uitvallen. Hierbij spelen immers ook andere belangen (van collega's, patiënten, klanten etc.) een rol en niet alleen het belang van de betrokken werknemer.

### 3.3 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst?

Een derde mogelijk gevolg is beëindiging van de arbeidsovereenkomst, met als ultieme sanctie een ontslag op staande voet (onverwijld opzegging). Hardnekkige weigering om aan een redelijke instructie van de werkgever te voldoen wordt immers in artikel 7:678 lid 2 sub j BW als dringende reden aangemerkt.

Uit de – beperkte – rechtspraak met betrekking tot het weigeren van een gezondheidstest, (enigszins vergelijkbaar met het weigeren van een vaccinatie), valt op te maken dat het weigeren van een test onder omstandigheden een gegronde reden kan zijn voor ontslag op staande voet. Zo was een werknemer terecht op staande voet ontslagen wegens het weigeren van een door de werkgever verplicht gestelde loodkeuring.<sup>16</sup> In een andere situatie, waarbij de werkgever een alcohol- en drugstest verplicht stelde, werd ontslag op staande voet ook gerechtvaardigd geacht. Niet alleen omdat het verplichten van de alcohol- en drugstesten in de gegeven omstandigheden een redelijke instructie was, maar te meer nu de werkgever de werknemer de gelegenheid geboden had ontslag te voorkomen door deelname aan een rehabilitatieprogramma en de werknemer dit

9 Vgl.: Rb. Noord-Holland 17 oktober 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:11649 (voorgestelde functie niet passend); Rb. Amsterdam 30 januari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1631 (voorgestelde functie niet passend).

10 Zie bijvoorbeeld: Rb. Utrecht 13 juli 2017, AR 2017-0969 (Wijziging functie toegestaan nu sprake is van mogelijke terugkeer in oude functie bij goed gedrag).

11 Rb. Noord-Holland 21 september 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:8121.

12 HR 25 februari 1994, NJ 1994/450.

13 Zie *Stb* 2019, 503 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 87-88.

14 Rb. Midden-Nederland 13 januari 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:51, r.o. 4.13.

15 Zie ook: HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6131 (Afwijzing loonvoordering wegens weigering werknemer aangeboden werkzaamheden te verrichten); Hof 's-Hertogenbosch 3 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:696 (Niet verrichten van de arbeid komt voor rekening en risico van werknemer); Rb. Midden-Nederland 26 augustus 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6179 (Geen recht op loon gedurende schorsing, omdat niet aan sommaties om openheid van zaken te geven is voldaan).

16 Hof 's-Hertogenbosch 10 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1718. Dit arrest is in cassatie bekrachtigd, zie HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3193.

van de hand wees. De Hoge Raad was het met het hof eens dat de werkgever 'geen andere keus' had en dat derhalve niet langer van de werkgever geveerd kon worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.<sup>17</sup>

In lagere rechtspraak is het weigeren van alcohol- en drugstesten eveneens reden geweest voor een gerechtvaardigd ontslag op staande voet. Opgemerkt zij dat in die zaken veelvuldig gewaarschuwd was. Een enkele weigering is onvoldoende voor een ontslag op staande voet.<sup>18</sup>

Of een weigering van de werknemer om een Covid-19-vaccinatie te nemen in combinatie met de weigering van andere preventieve maatregelen grond kan zijn voor een ontslag op staande voet, is recent aan de orde geweest bij de rechter te Curaçao. De rechter oordeelde dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig was. Reden daarvoor was dat (I) het blootstellingsrisico beperkt was daar de werknemer in een eigen ruimte werkte en (II) de werkgever onvoldoende onderzoek had gedaan naar andere mogelijkheden voor voortzetting van de werkzaamheden waarbij het besmettingsrisico kon worden beperkt.<sup>19</sup>

Ontslag op staande voet is een ultimum remedium. In de rechtspraak worden hoge eisen gesteld waar het de aard en inhoud van de dringende reden betreft, evenals de objectieve en subjectieve dringendheid van de gehanteerde reden. Het stelselmatig weigeren van een Covid-19-vaccinatie zal onder zeer uitzonderlijke omstandigheden een dringende reden voor ontslag op staande voet kunnen opleveren. Denk aan de situatie van de zorgmedewerker die met zeer kwetsbare patiënten werkt en de werknemer elke maatregel, zoals beschermingskleding, testen, vaccineren, afstand houden, ander passend werk, categorisch weigert.

Een andere optie is de ontbinding van de arbeidsovereenkomst via de rechter. Ingevolge artikel 7:669 lid 1 jo. lid 3 BW is daarvoor een redelijke grond vereist en dient herplaatsing niet mogelijk te zijn of niet in de rede te liggen. In de situatie van weigering van vaccinatie zal dan met name sprake zijn van een verstoorde arbeidsverhouding (g-grond) of eventueel verwijtbaar handelen van de werknemer (de e-grond) al dan niet in combinatie met de h-grond (andere omstandigheden) of de i-grond (cumulatie). Of een verzoek tot ontbinding slaagt, is sterk casuïstisch bepaald. Waar de rechter te Curaçao het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig achtte, was het weigeren van een vaccinatie wel reden om de arbeidsovereenkomst

te ontbinden wegens veranderde omstandigheden (vergelijkbaar met de g-grond).<sup>20</sup>

Met deze uitspraak is een (kleine) opening gegeven om, indien de werknemer vaccinatie weigert en partijen er onderling niet meer uitkomen, tot ontbinding over te gaan. Het enkel weigeren van vaccinatie zal hiertoe onvoldoende zijn. Bijkomende omstandigheden die de voortzetting van de arbeidsovereenkomst onmogelijk maken, zoals het weigeren van een test en/of ander passend werk, zijn vereist.

#### 4. Het gebrek aan een verwerkingsgrond voor de werkgever

Los van het feit dat een indirecte vaccinatieplicht het recht op lichamelijke integriteit van de werknemer raakt, raakt dit ook het recht op bescherming van persoonsgegevens. Immers, een werkgever zal enkel gevolgen kunnen verbinden aan het wel of niet gevaccineerd zijn, als hij weet welke werknemer gevaccineerd is. Oftewel: de werkgever dient dergelijke persoonsgegevens te registreren.

De werkgever is daar (vooralsnog) niet toe bevoegd. Wanneer de werkgever registreert welke werknemer gevaccineerd is, worden bijzondere persoonsgegevens – gezondheidsgegevens – verwerkt. Uitgangspunt is dat dit niet is toegestaan, tenzij de werkgever zich kan beroepen op een uitzonderingsgrond.<sup>21</sup> Naar de mening van de Autoriteit Persoonsgegevens (*hierna: AP*) is die mogelijkheid er niet. Van een uitdrukkelijk in vrijheid gegeven toestemming van de werknemer zal geen sprake kunnen zijn, daar de werknemer zich bevindt in een afhankelijkheidsrelatie ten opzichte van de werkgever. Ook de arbeidsrechtelijke verplichtingen van de werkgever – zoals de arboverplichtingen – zijn naar de mening van de AP onvoldoende om als uitzonderingsgrond te gelden. Een beroep op vitale belangen slaagt evenmin, nu de werkgever wettelijk niet bevoegd is om een dergelijke belangenafweging te maken. Enkel de bedrijfsarts is daartoe bevoegd.<sup>22</sup>

De strenge opvatting van de AP heeft het werkgevers niet makkelijker gemaakt in de 'Coronatijd'. De werkgever moest maatregelen treffen om het besmettingsrisico op de werkvloer te minimaliseren, maar kon niet goed in kaart brengen waar de risico's zaten. Werkgevers hebben daarom gepleit voor het creëren van een verwerkingsgrond.<sup>23</sup> De roep om een wettelijke grondslag tot registratie is niet geheel onbeantwoord gebleven. Begin september 2021 gaf de Minister van VWS, H.M. de Jonge, aan de

17 HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5802 (*Hyatt I*), r.o. 3.6.2. Zie ook: HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1834 (*Hyatt II*).

18 Rb. Groningen 3 maart 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BL6639; Rb. Rotterdam 30 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2737, r.o. 5.1-5.9 (Een eerste weigering werd onvoldoende geacht voor ontslag op staande voet. Een derde weigering was wel voldoende).

19 Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 16 juli 2021, ECLI:NL:OGEAC:2021:132, r.o. 4.4.

20 Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 16 juli 2021, ECLI:NL:OGEAC:2021:132, r.o. 4.8.

21 Artikel 9 lid 2 AVG.

22 Zie AP, 'Corona op de werkvloer', te raadplegen via: <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/onderwerpen/corona/corona-op-de-werkvloer>. Voor het laatst geraadpleegd op 28 september 2021.

23 Zie bijvoorbeeld: M. de Ruiters, '70 procent van de werkgevers wil vragen naar coronavaccinatie, maar de privacywet zit dwars', de *Volkskrant*, 4 september 2021.

mogelijkheden te gaan verkennen om voor (bepaalde) werkgevers een verwerkingsgrond te realiseren. Gekeken zal worden of en zo ja, op welke wijze het coronatoegangsbewijs toegepast kan worden op de werkvloer daar waar het noodzakelijk is voor het waarborgen van een veilige werkomgeving.<sup>24</sup>

Waar de werkgever vooralsnog geen mogelijkheid heeft om bijvoorbeeld een checklist bij te houden wie wel/niet is gevaccineerd, lijkt daar voor sommige beroepsgroepen – met name binnen de zorgsector – verandering in te komen. De vraag rijst of registratie daadwerkelijk noodzakelijk en gewenst is. Zo stelt de brancheorganisatie Nederlandse Vereniging van Universitair Medisch Centra (*hierna: NFU*) zich op het standpunt dat UMC's niet moeten overgaan tot registratie van vaccinatiegegevens van hun personeel. NFU meent dat de keuze van wel of niet vaccineren gerespecteerd moet worden en er bovendien geen noodzaak tot registreren bestaat nu de vaccinatiegraad onder zorgpersoneel in ziekenhuizen hoog is.<sup>25</sup> De vraag is of die vaccinatiegraad zo hoog blijft. De effectiviteit van de vaccinatie tegen Covid-19 kent een beperkte duur. Wat als bij de volgende 'ronde' slechts 60% zich laat vaccineren? De vragen omtrent een indirecte vaccinatieplicht – en daarmee de vraag naar een verwerkingsgrond – is mogelijk nu minder relevant, maar kan zich in de toekomst (opnieuw) voordoen. Wij menen om die reden dat het wel wenselijk en noodzakelijk is een wettelijke mogelijkheid te creëren om in situaties zoals een pandemie een verwerkingsgrond te realiseren voor werkgevers, zeker in die sectoren waar niet gevaccineerde werknemers een groot gevaar kunnen opleveren voor anderen.

Zolang er geen verwerkingsgrond bestaat, is de werkgever volgens de AP niet bevoegd tot registratie van de gezondheidsgegevens van werknemers. Dat wil niet zeggen dat de werkgever met lege handen staat. De bedrijfsarts is immers wel bevoegd tot registratie. Werkgever en bedrijfsarts kunnen samen in gesprek gaan over hoe de veiligheid op het werk te waarborgen. Bovendien zou de werkgever werknemers kunnen stimuleren tot vaccinatie, bijvoorbeeld door gesprekken te voeren, het aanbieden van een reiskostenvergoeding en/of het faciliteren van vaccineren in de 'baas zijn tijd'.

## 5. Conclusie

Werkgevers hebben geen juridische mogelijkheden om hun werknemers (direct) te verplichten zich te laten vaccineren. Wel is het in uitzonderlijke situaties denkbaar dat aan een weigering van de werknemer om zich te laten vaccineren in combinatie met de weigering gehoor te geven aan andere

preventieve maatregelen, arbeidsrechtelijke gevolgen worden verbonden. Dergelijke consequenties dienen echter zo veel mogelijk te worden voorkomen. Het is essentieel om in gesprek te blijven en het ligt op de weg van de werkgever om samen met werknemers naar een oplossing te zoeken waar beide partijen zich prettig bij voelen. De slogan is immers niet voor niets 'samen tegen Corona'.

<sup>24</sup> Kamerstukken II 2020/21, 25 295, nr. 1422, p. 4-5.

<sup>25</sup> NFU, 'NFU: geen vaccinatieregistratie zorgpersoneel umc's', 15 september 2021, te raadplegen via: <https://www.nfu.nl/actueel/nfu-geen-vaccinatieregistratie-zorgpersoneel-umcs>.