

# Werken in de overgang naar het ‘nieuwe’ oude normaal

Bb 2021/61

Hoewel het einde van de coronacrisis in zicht lijkt, is de verwachting dat het virus de gemoederen voorlopig nog zal bezighouden. De samenleving zal te maken krijgen met een overgangperiode, waarin we weliswaar stapsgewijs terugkeren naar het ‘nieuwe’ oude normaal, maar het coronavirus zijn stempel zal blijven drukken. Ook in arbeidsrechtelijke context heeft dit gevolgen. In dit artikel bespreken de auteurs praktische vragen die de overgang naar het nieuwe oude normaal oproept over corona(snel)testen en vaccineren, de regelgeving rondom thuiswerken en de perikelen rondom vakantie.

## 1. Inleiding

Nu het aantal coronabesmettingen onder controle lijkt, wordt er steeds meer mogelijk. Er gloort hoop op een terugkeer naar het oude normaal, waarin er geen maatregelen meer (nodig) zijn. Tot het zo ver is, zullen we met het coronavirus moeten leven. De overgangperiode tussen het nieuwe en het oude normaal roept de nodige vragen op. Een aantal van de vragen die bij werkgevers spelen zullen wij in dit artikel behandelen. Als eerste zullen wij de vraag beantwoorden in hoeverre een werkgever zijn werknemers mag verplichten zich te laten vaccineren of zich te (laten) testen op het coronavirus. Daarna zullen wij ingaan op de vraag waar een werkgever op dient te letten bij het thuiswerken; een fenomeen dat met de komst van het coronavirus mogelijk definitief de status van ‘uitzondering’ heeft verlaten. Tot slot zullen wij het onderwerp ‘vakantie’ in relatie tot het coronavirus tegen het licht houden.

## 2. Mag ik mijn werknemers verplichten om een corona(snel)test te ondergaan of zich te laten vaccineren?

Het is momenteel mogelijk om voor enkele euro's een coronasneltest aan te schaffen, waarmee binnen 15 tot 30 minuten (met grote mate van zekerheid) kan worden vastgesteld of iemand het coronavirus onder de leden heeft. Ook zijn er veel (commerciële) bedrijven die een duurdere maar ook nauwkeuriger laboratoriumtest aanbieden. Het is daarnaast de verwachting dat bij iedereen die dat wil al voor de zomer de eerste dosis van een vaccin kan worden toegediend. Deze ontwikkelingen roepen bij veel werkgevers de vraag op of zij hun werknemers kunnen verplichten om zich te laten vaccineren of een (snel)test af te nemen.

### *Het doel van een vaccinatie- of testverplichting*

Er zijn verschillende redenen te bedenken waarom een werkgever zou kunnen wensen dat zijn werknemers gevaccineerd zijn of een negatieve test hebben ondergaan. In de eerste plaats kan die wens verband houden met concrete (on)mogelijkheden die hieruit voortvloeien. Te denken valt aan een werknemer die voor de uitvoering van zijn werkzaamheden naar locaties af moet reizen waarin hij ofwel een negatieve test ofwel een bewijs van vaccinatie moet kunnen overleggen, bijvoorbeeld een werknemer die veel in het buitenland moet zijn en voor die reizen een ‘Covid-reispas’ nodig heeft. Een werknemer die niet bereid is om zich te (laten) testen of vaccineren, kan mogelijk de bedongen arbeid niet of niet geheel uitvoeren. In de tweede plaats zou een werkgever ook van zijn werknemers kunnen verlangen dat zij zich (laten) testen en/of vaccineren vanuit de algemene zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid en gezondheid van werknemers. Deze zorgplicht is neergelegd in artikel 7:658 lid 1 BW en de specifieke bepalingen op het gebied van arbeidsomstandigheden in de Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet) en het Arbeidsomstandighedenbesluit (Arbobesluit). Zo moet een werkgever op grond van artikel 3.2 van het Arbobesluit waarborgen dat het werk zodanig kan worden verricht, dat de veiligheid en gezondheid van werknemers zo goed mogelijk is beschermd.

### *Een beperking van grondrechten*

Aan werknemerszijde moet met andere belangen rekening worden gehouden. Een door de werkgever opgelegde verplichting tot testen of vaccineren heeft immers tot gevolg dat de werknemer wordt beperkt in de uitoefening van een aantal grondrechten. Een test- of vaccinatieplicht raakt aan (i) het recht van de werknemer op een privéleven (artikel 8 EVRM), (ii) het recht van de werknemer op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (artikel 10 EVRM) en (iii) het recht van de werknemer op onaantastbaarheid van het lichaam (artikel 11 EVRM). Een beperking van deze grondrechten kan onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn, zo besliste de Hoge Raad in de Hyatt-arresten (HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5802 en HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1834). Of een inbreuk van de werkgever op de grondrechten van de werknemer gerechtvaardigd is, moet worden vastgesteld door middel van een belangenafweging aan de hand van drie criteria: noodzakelijkheid, proportionaliteit en de subsidiariteit. Bij de beoordeling van de vraag of de verplichting tot vaccinatie of testen *noodzakelijk* is, dient de vraag te worden beantwoord of de op te leggen verplichting inbreuk maakt op een legitiem doel en of dit middel geschikt is om dat doel te bereiken. Bij de *proportionaliteit* gaat het om de vraag of de inbreuk op het grondrecht evenredig is in verhouding tot het belang van de werkgever bij het bereiken van het beoogde doel. Bij de beoordeling van de *subsidiariteit* speelt de vraag of het

<sup>1</sup> Mr. B. Schouten & mr. Y.L. Smit zijn advocaten bij Boontje Advocaten te Amsterdam.

doel ook op een minder ingrijpende wijze kan worden bereikt.

#### **Het noodzakelijkheids criterium**

Aan het noodzakelijkheids criterium zal in onze optiek relatief eenvoudig worden voldaan. Zo zal het doel van de werkgever om de werknemer in staat te stellen om naar het buitenland te reizen naar onze verwachting worden beschouwd als een legitiem doel. Naar het zich laat aanzien is ook het middel geschikt om het doel te bereiken. Ook bescherming van werknemers en derden tegen besmetting zal worden beschouwd als een legitiem doel. Op basis van de huidige wetenschappelijke inzichten is de verplichting voor werknemers om zich te (laten) testen en/of vaccineren bovendien een geschikt middel om de veiligheid van werknemers (en derden) te bevorderen.

#### **Het proportionaliteits criterium**

In het kader van de proportionaliteitseis zal het afhangen van de feiten en omstandigheden of de inbreuk op de grondrechten van de werknemer evenredig is in verhouding tot het belang van de werkgever. Ons lijkt de stelling verdedigbaar dat het (laten) afnemen van een corona(zelf)test weinig invasief is, terwijl een negatieve test een grote mate van duidelijkheid geeft over de eventuele besmettelijkheid van de werknemer. Wij kunnen ons voorstellen dat dit veel gewicht in de schaal legt. Bij het beoordelen van de proportionaliteit zou echter ook de besmettingsgraad (het totaal aantal besmettelijke personen in Nederland) een rol kunnen spelen. Als in Nederland op enig moment het punt wordt bereikt waarop het coronavirus weliswaar niet verdwenen is, maar door de lage besmettingsgraad een status heeft die vergelijkbaar is met andere in Nederland aanwezige besmettelijke infectieziekten, rijst de vraag in hoeverre het coronavirus nog afwijkende maatregelen vergt. Een verplichting tot vaccinatie lijkt ons een veel ingrijpender maatregel dan een testplicht. Dit betekent dat een vaccinatieplicht slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden als een proportioneel middel zal worden beschouwd.

#### **Het subsidiariteits criterium**

Ook de vraag of een door de werkgever opgelegde verplichting tot vaccinatie of testen zich verenigt met het subsidiariteitsbeginsel is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Als de werkgever een test of vaccinatie verplicht vanuit zijn verplichting om voor een veilige werkplek te zorgen, dan kan in veruit de meeste gevallen worden bepleit dat er minder ingrijpende manieren zijn om een veilige en gezonde werkplek te realiseren. Gedacht kan worden aan de verplichting tot thuiswerken, maar wij wijzen ook aan het opleggen van de verplichtingen omtrent het gebruik van mondkapjes, spatschermen, looproutes, hygiënevoorschriften en het verplichten van werknemers om anderhalve meter afstand van anderen te houden. Er zijn echter (uitzonderings)gevallen denkbaar waarin er geen passend alternatief voorhanden is. Denk aan acteurs of actrices in speelfilms of aan professionele (contact)sporters. Hetzelfde geldt voor werknemers waarbij het voor de uitvoering van

hun werkzaamheden noodzakelijk is om een test- of vaccinatiebewijs te overleggen: een minder ingrijpende mogelijkheid is in deze gevallen immers niet voorhanden.

#### **Privacy van de werknemer**

Let wel: de vraag of een werkgever, aan de hand van de hiervoor besproken voorwaarden, zijn werknemers kan verplichten om een corona(snel)test te (laten) afnemen of om zich te laten vaccineren, dient te worden onderscheiden van de vraag of die gegevens ook door de werkgever mogen worden verwerkt. Bij verwerking van persoonsgegevens komt de Algemene Verordening Persoonsgegevens (AVG) in beeld. Medische gegevens zijn op grond van artikel 9 van de AVG bijzondere persoonsgegevens, die in beginsel niet door een werkgever mogen worden verwerkt. Indien een werkgever de verplichting voor werknemers om zich te laten testen en/of vaccineren wil handhaven, zullen al snel bijzondere persoonsgegevens moeten worden verwerkt, waarbij de werkgever het risico loopt om over de grenzen van de AVG heen te stappen.

### **3. Waar moet ik op letten als mijn werknemers vanuit huis werken?**

Sinds 12 maart 2020 roept de overheid op om zoveel mogelijk thuis te werken. Een jaar later, in maart 2021, werkt ongeveer de helft van de werknemer (gedeeltelijk) vanuit huis. Volgens TNO wil een aanzienlijk deel van de huidige thuiswerkers ook na de pandemie veelal vanuit huis blijven werken. Ook werkgevers lijken het thuiswerken meer te omarmen. De verwachting is dan ook dat (gedeeltelijk) thuiswerken een ook in het 'nieuwe' oude normaal vaker zal voorkomen. Dit roept de vraag op waar werkgevers in relatie tot thuiswerken rekening mee moeten houden.

#### **Recht op thuiswerken?**

De eerste vraag die kan worden gesteld is of een werknemer het recht heeft om thuis te werken. Deze vraag kan in beginsel ontkennend worden beantwoord. Weliswaar voorziet de huidige Wet flexibel werken (Wfw) de werknemer van de mogelijkheid om een verzoek in te dienen bij zijn werkgever om de werkplek te wijzigen, de werkgever heeft het recht om dit verzoek – nadat hij dit in overweging heeft genomen – op iedere grond af te wijzen. De fracties van D66 en GroenLinks hebben inmiddels onder de noemer Wet werken waar je wilt wel een initiatiefwetsvoorstel ingediend, waarin wordt voorgesteld dat werkgevers zo'n verzoek tot wijziging van de werkplek alleen mogen afwijzen indien de wetgever een 'zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang' heeft dat zich tegen deze wijziging verzet. Ten tijde van het schrijven van dit artikel is de wet nog in de voorbereidingsfase.

#### **De zorgplicht van de werkgever**

Vervolgens dient de vraag zich aan met welke regels de werkgever rekening moet houden als hij de werknemer faciliteert in het thuiswerken. Zoals hiervoor al benoemd rust op de werkgever op grond van artikel 7:658 lid 1 BW

een zorgplicht voor een veilige werkomgeving. De werkgever moet daartoe waar nodig maatregelen treffen en instructies geven. Deze zorgplicht wordt nader ingevuld door specifieke regelgeving op het gebied van arbeidsomstandigheden. Deze voorschriften moeten echter worden beschouwd als minimumvoorschriften: de zorgplicht van de werkgever reikt doorgaan verder.

De zorgplicht uit artikel 7:658 BW is beperkt tot omstandigheden waarop de werkgever invloed kan uitoefenen. Als een werknemer thuiswerkt, kan de werkgever maar in zeer beperkte mate invloed uitoefenen op de inrichting van de thuissituatie. De werkgever zal om die reden waarschijnlijk niet aansprakelijk zijn als de werknemer – bijvoorbeeld – tijdens werktijd struikelt over het snoer van de stofzuiger, omdat hij deze niet veilig heeft opgeborgen. Wel zal de werkgever zich moeten houden aan een aantal specifieke voorschriften op het gebied van arbeidsomstandigheden. Zo is de werkgever ook als de werknemer thuiswerkt gebonden aan de algemene verplichting om zorg te dragen voor een beleid dat is gericht op goede arbeidsomstandigheden. Voor 'plaatsonafhankelijke arbeid', waaronder ook het thuiswerken valt, geldt echter wel een verlicht regime (art. 1.43 van het Arbobesluit). Dit houdt in dat bepaalde verplichtingen niet van toepassing zijn op thuiswerken, zoals de verplichtingen die zien op brandgevaar en de aanwezigheid van toiletten. Met betrekking tot thuiswerken is de werkgever gehouden om zorg te dragen voor een 'volgens ergonomische beginselen' ingerichte werkplek. Die ergonomische beginselen zijn nader uitgewerkt in het Arbobesluit en de Arbeidsomstandighedenregeling. In artikel 1.47 lid 2 van het Arbobesluit is bovendien bepaald dat als de werknemer arbeid verricht in de eigen woning, de werkgever een werkplek ter beschikking moet stellen die voldoet aan de eisen die de regelgeving op het gebied van arbeidsomstandigheden daaraan stelt, tenzij de werknemer reeds uit eigen hoofde over een dergelijke werkplek beschikt.

De verantwoordelijkheid van de werkgever stopt echter niet bij de inrichting van een ergonomische werkplek. De werkgever dient ook beleid te voeren ten aanzien van het beperken van de *psychosociale arbeidsbelasting* (art. 2.15 van het Arbobesluit). Daarmee wordt met name bedoeld op het beperken van de werkdruk. Meer concreet moeten werkgevers erop toezien dat werknemers, ook wanneer zij thuiswerken, niet worden blootgesteld aan een te hoge werkdruk. In het verlengde daarvan rust op de werkgever de plicht om – ook met het oog op de Arbeidstijdenwet – een zo goed mogelijk beleid voeren ten aanzien van de arbeids- en rusttijden van de werknemer. Bij de naleving van deze verplichting zou de werkgever bijvoorbeeld kunnen denken aan een registratieplicht voor de werknemer om de daadwerkelijk gewerkte uren bij te houden en te rapporteren of aan software ter voorkoming van fysieke klachten zoals RSI (deze software houdt in de gaten hoe lang een werknemer achter zijn scherm zit en blokkeert bijvoorbeeld de online werkomgeving als het tijd is voor een pauze). Het verdient hierbij opmerking dat niet ondenkbaar is dat ingrijpende

monitorsoftware strijdigheid kan opleveren met regels op het gebied van privacy.

#### **Kosten van thuiswerken**

Thuiswerken leidt soms ook tot aanvullende kosten. Voor zover deze kosten noodzakelijk zijn voor de naleving van verplichtingen op het gebied van arbeidsomstandigheden, waaronder het inrichten van een ergonomische werkplek, kunnen deze niet ten laste van de werknemers worden gebracht. Uit de wet vloeit voor de werkgever echter geen verplichting voort om alle aanvullende kosten van de werknemer, zoals bijvoorbeeld kosten voor elektriciteit en gas, toiletpapier en koffie, te compenseren. Indien de werkgever een vergoeding voor deze kosten wil verstrekken, kan deze alleen netto worden uitgekeerd in de vergoeding wordt ondergebracht in de vrije ruimte onder de Werkkostenregeling (WKR). Vergoedingen, verstrekkingen en terbeschikkingstellingen ter zake van gereedschappen, computers, mobiele communicatiemiddelen en dergelijke apparatuur worden onder de WKR aangemerkt als een gerichte vrijstelling en kunnen daarom belastingvrij geschieden, mits het materiaal voldoet aan het zogenoemde noodzakelijkheids-criterium.

#### **Thuiswerkbeleid**

In de praktijk is het aan te raden voor werkgevers om een thuiswerkbeleid in te voeren, waarin duidelijke afspraken worden gemaakt over de inrichting van de thuiswerkplek, de inspectie hierop en eventuele kosten die het thuiswerken met zich brengt. Als dit beleid een regeling bevat op het gebied van arbeidsomstandigheden, arbeids- en rusttijden of voorzieningen (zoals software) die gericht zijn op of geschikt zijn voor waarneming van of controle op aanwezigheid, gedrag of prestaties van werknemers, heeft de ondernemingsraad op grond van artikel 27 WOR een instemmingsrecht bij de invoering of wijziging van het beleid.

#### **4. Welke gevolgen hebben de coronamaatregelen met betrekking tot vakantie?**

In de zomer zullen veel werknemers weer met vakantie willen gaan. De verwachting is dat een deel van de werknemers zijn toevlucht zal zoeken buiten de landsgrenzen. Ten tijde van het schrijven van dit artikel, hebben het gros van de landen een oranje of rood reisadvies. Het kabinet heeft aangekondigd dat, bij afname van de coronabesmettingen, het advies voor bepaalde landen zal wijzigen naar 'geel' ('reizen kan, maar wees waakzaam'). Bij een oranje kleurings geldt het advies om daar alleen heen te reizen als dat echt noodzakelijk is. Vakantiereizen worden door de overheid niet als noodzakelijk gezien. Indien een land kleurcode rood heeft, raadt de overheid af hier heen te reizen. Net als tijdens de zomer van 2020 lijken de kleurcodes weer van groot belang te worden voor de vraag aan welke coronamaatregelen de reiziger zich moet houden bij de terugkeer naar Nederland. Bij terugkeer uit een land met een gele kleurcode, hoeft men niet in thuisquarantaine. Bij terugkeer uit een land met

een oranje of een rode kleurcode, wordt men dringend geadviseerd om een thuisquarantaine van tien dagen in acht te nemen. Op dag vijf van deze thuisquarantaine kan een test worden afgenomen, waarmee (indien de test negatief is) de thuisquarantaine kan worden verkort. Inmiddels is er bovendien een wetsvoorstel ingediend om de thuisquarantaine na terugkomst uit het buitenland te verplichten. Dit roept de vraag op welke regels gelden als een werknemer – ondanks een eventuele oranje of rode kleurcode – toch besluit een Franse wijngaard of een Hongaars badhuis te bezoeken.

#### ***Kan de werkgever een reisbestemming verbieden?***

De vraag die bij veel werkgevers leeft is of een werkgever zijn werknemers kan verbieden om af te reizen naar een gebied met een oranje of rode kleurcode. Met een dergelijk verbod neemt de werkgever immers een maatregel die ingrijpt in de privésfeer van de werknemer. De kantonrechter in Limburg oordeelde evenwel dat een werknemer die na diverse incidenten al een laatste waarschuwing had ontvangen en die tegen de uitdrukkelijke instructie van zijn werkgever in toch was afgereisd naar Polen (code oranje) terecht door zijn werkgever op staande voet was ontslagen (Rechtbank Limburg 1 april 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:3110). De kantonrechter overwoog dat de functie van de werknemer niet via thuiswerken kon worden ingevuld en dat de werkgever alleen al om die reden een zwaarwegend bedrijfsbelang had om de werknemer niet toe te staan af te reizen naar Polen. Deze uitspraak lijkt een indicatie dat de werkgever een werknemer wel degelijk kan verbieden om af te reizen naar een gebied met een oranje of rode kleurcode, mits zwaarwegende bedrijfsomstandigheden een dergelijk verbod kunnen rechtvaardigen. Vooral de vraag tot welke bezwaren een verplichte quarantaine leidt voor de werkgever, lijkt in dergelijke zaken gewicht in de schaal te leggen.

#### ***Loondoorbetaling tijdens quarantaine***

De omstandigheid dat een werkgever kan worden geconfronteerd met een quarantaineverplichting van de werknemer roept de vraag op of de werkgever tijdens de verplichte quarantaine gehouden is het loon van de werknemer door te betalen. Op grond van artikel 7:628 BW is de werkgever gehouden om het loon van de werknemer door te betalen, ook als de werknemer geen werkzaamheden verricht, tenzij de oorzaak van het niet-werken in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen. Dit betekent dat de vraag of de werkgever gehouden is het loon door te betalen alleen speelt in situaties waarin de werknemer de werkzaamheden niet tijdens de quarantaine vanuit huis kan verrichten.

Een werknemer die er bewust voor kiest om op vakantie te gaan naar een land met kleurcode oranje of rood, weet dat hij na terugkeer in (thuis)quarantaine zal moeten gaan. Deze wetenschap op voorhand heeft in onze optiek tot gevolg dat de oorzaak van het niet kunnen verrichten van arbeid tijdens de quarantaine in de risicosfeer van de werknemer valt, zodat hij geen recht heeft op loondoorbetaling. Dat zou anders kunnen zijn als de werknemer wel

de mogelijkheid heeft om vanuit huis te werken, maar de werkgever de werknemer daarin niet faciliteert.

Wat nu als het reisadvies van het vakantiegebied van de werknemer *tijdens* het verblijf wijzigt van kleurcode geel naar oranje of rood en de werknemer daardoor bij terugkomst in thuisquarantaine moet, zonder dat dit van tevoren bekend was? In het algemeen geldt dat een werknemer die afreist naar een gebied met een geel reisadvies, op het moment van vertrek niet wist dat hij bij terugkomst in thuisquarantaine zou moeten. Bovendien wordt reizen naar gebieden met kleurcode geel niet door de overheid ontraden. Op basis hiervan concluderen wij dat het onwaarschijnlijk is dat een quarantaineplicht in de risicosfeer van de werknemer valt, als het reisadvies tijdens het verblijf wordt aangepast. Het voorgaande kan mogelijk anders zijn als er voor vertrek van de werknemer al sterke signalen waren dat de code geel zou kunnen wijzigen in oranje of rood.

#### ***Werknemer ziet af van vakantie***

De situatie kan zich ook voordoen dat een werknemer door een aangepast reisadvies of aangescherpte maatregelen (al dan niet gedwongen) besluit af te zien van zijn reis naar het buitenland. Is de werkgever in die situatie verplicht om de inmiddels vastgestelde vakantie terug te draaien? In beginsel geldt dat de werknemer de eenmaal vastgestelde vakantiedagen niet eenzijdig kan terugdraaien of wijzigen. Instemming van de werkgever zal dus nodig zijn, ook als de werknemer door de aangescherpte maatregelen ervoor kiest in Nederland te blijven. Uit hoofde van goed werkgeverschap kan de werkgever echter gehouden zijn om de vakantie terug te draaien, indien dat voor de werkgever niet tot problemen leidt, bijvoorbeeld in het kader van de planning. In de praktijk verdient het daarom aanbeveling om hierover in gesprek te gaan met de werknemer en in redelijkheid tot een oplossing te komen.

## **5. Conclusie**

De kans is groot dat het coronavirus voorlopig nog zijn stempel zal drukken op de samenleving, ook op de werkvloer. Naar verwachting zal in de komende periode een overgang aanbreken naar het 'nieuwe' oude normaal. De samenleving zal zich steeds verder openen, terwijl de coronamaatregelen (hopelijk in steeds beperktere mate) noodzakelijk blijven. Vanuit arbeidsrechtelijk perspectief roept deze veranderende werkelijkheid diverse vragen op. In dit artikel hebben wij een aantal van deze vragen onder de loep genomen op het gebied van (verplicht) vaccineren en testen, thuiswerken en vakantie.