

ANNOTATIE

# Een loodkeuring is volgens de rechter verplicht. Anders: de wetgever?

*prof. mr. dr. W.L. Roozendaal*

*Annotatie bij Hoge Raad, 30-10-2015, ECLI:NL:HR:2015:3193 (AR-2015-1069)*

Een brandwacht weigert een bloedkeuring voorafgaand aan een weekdienst bij een klant van zijn werkgever, die dergelijke keuringen verplicht stelt. Omdat hij zodoende bij deze klant niet tewerkgesteld kan worden, wordt hij op staande voet ontslagen wegens werkweigering. Maar kunnen werknemers eigenlijk wel verplicht worden om een medische keuring te ondergaan? De uitgebreide wetgeving hierover wordt in deze zaak totaal genegeerd.

## 1. Feiten en procedure

De werknemer is sinds 2006 in dienst als brandwacht bij G4S Fire & Safety B.V. In januari 2009 wordt hij tewerkgesteld bij BP op een terminal waar tanks stonden die loodhoudende benzine bevatten. In de door BP opgestelde richtlijnen en voorschriften staat onder meer dat medewerkers verplicht zijn een nulmeting te ondergaan betreffende loodblootstelling alvorens werkzaamheden uitgevoerd kunnen worden. De werknemer heeft geweigerd zijn bloed te laten testen, waarna hij op non-actief is gesteld wegens werkweigering, en twee dagen later op staande voet ontslagen.

De werknemer vorderde een verklaring voor recht dat het ontslag nietig zou worden verklaard, alsmede achterstallig loon. De kantonrechter heeft de vordering afgewezen op de grond dat de werkweigering kon worden aangemerkt als dringende reden en hij onverwijld is ontslagen.

In hoger beroep stelde de werknemer onder andere dat de opzegging niet voldeed aan de voorwaarden van artikel 7:677 BW, nu de brief waarin hij op non-actief werd gesteld niet als opzegging kan gelden, de brief waarmee is opgezegd niet de werkweigering noemt als reden voor de opzegging, en er bovendien geen sprake was van werkweigering. Het Hof Den Bosch (10 juni 2014, ECLI:NL:GHSE:2014:1718) oordeelde dat het de werknemer al met al voldoende duidelijk kon zijn welke dringende reden ten grondslag lag aan het ontslag. Hij hoefde niet te worden gewaarschuwd dat zijn hardnekkige weigering om aan een opdracht te voldoen na de op non-actiefstelling ook kon leiden tot ontslag. Het gaat erom dat hij hardnekkig heeft geweigerd om aan een opdracht te voldoen.

Daarnaast kwam de werknemer op tegen de overweging van de kantonrechter dat het recht van de werknemer op lichamelijke integriteit in casu niet prevaleerde boven de verplichting een bloedtest te ondergaan, en bestreed hij om die reden tevens dat de weigering een dringende reden oplevert. Het hof nam als maatstaf voor de beoordeling van deze stelling dat de belangen van de werkgever bij de loodkeuring moeten worden afgewogen tegen de belangen van de werknemer bij de weigering. Het hof bracht daarbij in herinnering dat enkel werkelijke bezwaren van de werknemer in stelling kunnen worden gebracht, terwijl de aanwezigheid daarvan nog niet betekent dat de opdracht niet redelijk zou zijn (HR 24 juni 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4673). Het belang van de werkgever in casu was dat hij met de opdracht voldeed aan een door zijn opdrachtgever BP gestelde eis, wiens belang was om bij het begin van de werkzaamheden de loodwaarde vast te kunnen stellen zodat latere veranderingen kunnen worden gemeten. De werknemer heeft van zijn kant zijn belangen niet toegelicht omdat hij deze strikt persoonlijk achtte. Daarom legden die belangen volgens het hof geen gewicht in de schaal. Daarbij kon volgens het hof in het midden blijven of de werknemer op grond van de arbeidsovereenkomst of op grond van de arbowetgeving gehouden was tot het ondergaan van een bloedtest, aangezien er immers sprake was van een redelijke opdracht.

In cassatie staat centraal de vraag of het hof terecht heeft geoordeeld dat het belang van de werkgever bij die test zwaarder weegt dan het belang van de werknemer. De werknemer beroept zich erop dat de opdracht om bloed af te staan strijdig is met het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam ingevolge artikel 11 Gw en artikel 8 EVRM. Afgaande op de conclusie van de A-G P. Vlas (HR 11 september 2015, ECLI:NL:PHR:2015:1881), is in cassatie onder andere gesteld dat het hof eerst het beroep op het grondrecht had behoren te onderzoeken, alvorens kan worden toegekomen aan de afweging tussen de belangen van de werkgever en de werknemer; dat het hof de maatstaven die door de Hoge Raad zijn aangelegd voor toetsing aan de bedoelde grondrechten in het Hyatt-arrest (HR 14 september 2007, NJ 2008/334) heeft miskend; en dat onbegrijpelijk is dat hem wordt verweten dat hij zijn belang bij de weigering niet heeft toegelicht, nu dit juist onderdeel is van zijn grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De conclusie van de A-G strekte tot verwerping van het beroep. De in het middel aangevoerde klachten kunnen volgens de Hoge Raad niet tot cassatie leiden. Dit behoeft volgens de Raad, gezien artikel 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

## 2. Commentaar

In het navolgende ga ik in op de Nederlandse wetgeving inzake medische keuringen, en tracht ik een antwoord te vinden op de vraag wat de uitkomst van deze zaak was geweest als die wetgeving was toegepast. Daarna ga ik in op de toets die het Hof Den Bosch aanlegt, met een grondrechtelijke bril bekeken. Ten slotte zal ik nog wat zeggen over de vraag in hoeverre werknemers voortaan verplicht kunnen worden om zich medisch te laten keuren.

### 3. Een loodkeuring is een medische keuring

Het afnemen van bloed van werknemers om de aanwezigheid van gevaarlijke stoffen te testen valt onder het begrip medische keuring. De bij de keuring verkregen gegevens zijn gegevens betreffende de gezondheid. De mogelijkheden en grenzen van medische keuringen zijn in wetgeving vastgelegd, deels ter implementatie van Europese richtlijnen. Zo beperkt de Wet op de medische keuringen de mogelijkheden van werkgevers om de gezondheid van aspirant-werknemers te keuren. Ook bepaalt de Wet bescherming persoonsgegevens in artikel 16 dat het verwerken van gezondheidsgegevens verboden is, behoudens de uitzonderingen genoemd in artikel 21 en 23 Wbp. De werkgever kan een beroep doen op de uitzondering in artikel 21 onderdeel f Wbp voor het verwerken van gezondheidsgegevens ten behoeve van aanspraken die afhangen van de gezondheidstoestand van de betrokkene, en verwerking van gezondheidsgegevens die *noodzakelijk* zijn voor de re-integratie en de begeleiding van werknemers in verband met ziekte en arbeidsongeschiktheid. Het is denkbaar dat deze laatste uitzondering van toepassing was in de onderhavige zaak, mits de keuring noodzakelijk was. Onder begeleiding vallen ook de preventieve werkzaamheden van de arbodienst, zo leert de parlementaire geschiedenis van artikel 21 Wbp (*Kamerstukken II* 1997/98, 25892, 3, p. 114).

Ook al is de verwerking van gezondheidsgegevens toegestaan volgens de Wbp, dan wil dat nog niet zeggen dat de werknemer ook verplicht is om daaraan mee te werken. Een wettelijke grondslag voor die verplichting is lang niet altijd aanwezig. In artikel 18 Arbeidsomstandighedenwet wordt het aanbieden van preventieve medische arbeidsgezondheidskundige onderzoeken aan werknemers voor de werkgever verplicht gesteld. De werknemer wordt alleen in de gelegenheid gesteld om die onderzoeken te ondergaan, maar er rust op hem geen verplichting (zie ook art. 4.10a en 4.10b Arbeidsomstandighedenbesluit, inzake de blootstelling aan gevaarlijke stoffen, en art. 9 Arbeidsomstandighedenbesluit inzake de verplichtingen van de werknemer, waar de verplichting om zich te onderwerpen aan onderzoeken ontbreekt). De werkgever is volgens artikel 27 WOR gehouden om instemming van de OR te vragen voor keuring, voor zover die valt aan te merken als een regeling op het gebied van de arbeidsomstandigheden en een regeling omtrent het verwerken van persoonsgegevens. De instemming van de OR brengt (zoals gebruikelijk) echter niet mee dat werknemers individueel verplicht zijn om die gezondheidskeuring te ondergaan.

Voor bepaalde beroepen wordt de medische keuring soms toch in wetgeving verplicht gesteld. De Leidraad Verplichte Medische Keuringen van de NVAB (uit 2007) geeft een overzicht van de wetgeving waarin deze verplichtingen voorkomen, met soms nadere uitwerking in cao's. Het betreft onder andere beroepsgroepen in het vervoer, mijnbouw en offshore, en bewakingswerkzaamheden, zoals militairen, politie en brandweer. Krachtens artikel 6 lid 1 Besluit brandweerpersoneel dienen brandwachten in dienst van een gemeente of andere overheidsorganen een geneeskundig onderzoek te ondergaan waaruit moet blijken of ze in staat worden geacht de op te dragen werkzaamheden naar behoren te verrichten. Uit deze regels blijkt niet dat een dergelijke verplichting ook op particuliere brandwachten rust.

De keuring zelf is vervolgens onderworpen aan zorgvuldigheidseisen. De Wbp eist in het algemeen een zorgvuldige omgang met gegevens, waaronder passende geheimhoudingsverplichtingen. De Arbowet bevat in artikel 14 de voorwaarde dat de begeleiding van werknemers wordt verricht door een bedrijfsarts. De Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO) stelt eisen aan een zorgvuldige omgang met de keuring door de betreffende arts. De bedrijfsartsen zijn via tuchtrecht gebonden aan de richtlijnen van hun beroepsorganisatie, de NVAB. Ook die stelt eisen aan keuringen. De al genoemde Leidraad Verplichte Medische Keuringen hanteert als uitgangspunt dat steeds eerst moet worden vastgesteld welke bijzondere functie-eisen bij de door de keuring uitgeoefende functie horen. Van bijzondere functie-eisen is bijvoorbeeld geen sprake als er generieke preventieve maatregelen mogelijk zijn om het risico te voorkomen. De keuring is er vervolgens op gericht om vast te stellen of de keuring (nog) in staat is om zijn werk te verrichten.

Al met al kan geconcludeerd worden dat de gezondheidskeuring in kwestie verplicht zou kunnen zijn als dit wettelijk bepaald zou zijn voor BP of voor de brandwacht in kwestie. In dat geval zou deze keuring eveneens 'noodzakelijk' zijn in de zin van artikel 21 onderdeel f Wbp. Of dat zo is, is niet vastgesteld. Stel dat de keuring verplicht was, dan zou deze gericht moeten zijn geweest op de vaststelling of de brandwacht fysiek en geestelijk in staat was de werkzaamheden bij BP te verrichten. Of deze loodkeuring daarop gericht was, is voor mij niet duidelijk. Het is namelijk ook mogelijk dat de nulmeting vooral een hulpmiddel was om de eventuele aansprakelijkheid van BP te beperken. Ten slotte is denkbaar dat niet alle generieke maatregelen tegen blootstelling aan lood genomen waren, zodat er (eigenlijk) geen bijzondere functie-eisen getoetst zouden kunnen worden.

#### **4. De wet genegeerd**

Het vreemde aan de onderhavige zaak is dat al deze wet- en regelgeving compleet wordt genegeerd. Zijdens de werknemer is nog wel een poging gedaan: de werknemer stelt dat er geen wettelijke of contractuele grondslag is voor de verplichte gezondheidskeuring. Maar werkgever noch rechter reageren hier adequaat op. Er is door de werkgever niet gesteld en door de rechter niet onderzocht op grond waarvan de werkgever bevoegd zou zijn om werknemers bloed te laten keuren. Het hof meent zelfs dat dat in het midden kan worden gelaten; de instructie van de werkgever zou voldoende zijn. Dit is onbegrijpelijk in het licht van het feit dat de Arbeidsomstandighedenwet en daaraan verwante wetgeving zo duidelijk kiezen voor een systeem waar de keuringsplicht in beginsel bij de werkgever ligt, terwijl het voor de werknemer alleen een recht is, waar hij gebruik van kan maken. In dat systeem past in beginsel niet dat een werknemer opgedragen zou kunnen worden om zich te laten keuren enkel omdat de werkgever daarbij een redelijk belang heeft. Er is voorts niet nauwkeurig bekeken voor welke functie-eisen de keuring precies noodzakelijk was. De rechter heeft niet onderzocht of de keuring zelf wel door de nodige waarborgen was omgeven, zoals uitvoering onder gezag van een bedrijfsarts door iemand met een geheimhoudingsverplichting. Het hof legt zelfs in het nadeel van de werknemer uit dat hij niet heeft gevraagd om een arts of vertrouwenspersoon aan wie hij zijn bezwaren wilde medelen, en meent dat het niet aan de werknemer is om naar eigen inzicht te bepalen of een door zijn werkgever opgelegde

verplichting om een bloedtest te ondergaan wel noodzakelijk is (r.o. 4.23 en 4.26). Terwijl het juist aan de werkgever is om aan te tonen dat een medisch onderzoek noodzakelijk is!

In plaats van de wet erbij te pakken, ruziën partijen voornamelijk over de onverwilde mededeling bij het ontslag op staande voet. De rechter maakt zich ervan af door een eenvoudige belangenafweging te verrichten tussen het belang van de werkgever, daarbij inbegrepen het belang van diens opdrachtgever om zijn aansprakelijkheid voor blootstelling aan lood te voorkomen, en het belang van de werknemer om de keuring te weigeren. Aangezien de werknemer zijn belang bij die weigering niet nader toe wil lichten, legt zijn belang het loodje. De A-G vind het ook in het licht van een grondrechtelijke toets wel best zo, en de Hoge Raad legt zich erbij neer.

De besproken wetgeving kan beschouwd worden als een goed doordachte uitwerking door de wetgever van het beginsel van bescherming van het grondrecht op medische privacy in de arbeidsrelatie. Natuurlijk kan dat beginsel ook wel vagelijk worden betrokken in een afweging over het ontslag op staande voet, maar het ligt mijns inziens veel meer voor de hand om gewoon de wet erbij te pakken. Grondrechten zijn vaag, maar toch niet zo vaag dat de rechter de vrijheid mag nemen om zijn eigen afweging te maken zonder de wet te raadplegen?

## 5. Grondrechtelijke toets

Als dan toch aan artikel 8 EVRM getoetst wordt, dan heb ik ook nog wel wat wensen, net als overigens annotator Inge de Laat (*JAR* 2014/241). Zo zou ten eerste meer gewicht mogen toekomen aan de vraag of de inbreuk op de privacy wel was voorzien bij wet zoals vereist in artikel 8 lid 2 EVRM. Het EHRM stelt weliswaar niet al te hoge eisen aan het begrip 'wet' in dit verband. Maar juist omdat de bovengenoemde wetgeving werknemers beschermt tegen willekeurige gezondheidsonderzoeken, moet om te voldoen aan het criterium 'voorzien bij wet' worden aangetoond dat de keuring onder een wettelijke keuringsplicht viel. Bij afwezigheid daarvan hoefde de werknemer immers niet te verwachten dat hij toch op grond van (slechts) de gezagsbevoegdheid van de werkgever verplicht was een keuring te ondergaan, ook niet in zijn beroep als brandwacht. De enkele stelling dat 'brandwachten kunnen verwachten te worden gekeurd' (zoals de kantonrechter aannam) kan in dat kader niet voldoende zijn.

Voorts is bij een grondrechtelijke toets van belang dat van de inbreuk makende partij mag worden gevraagd om aan te tonen dat er een zwaarwichtig doel gediend is met de inbreuk, en dat dat doel niet op een minder inbreuk makende manier kan worden bereikt. Aan het belang bij de inbreuk mogen bij medische privacy hoge eisen worden gesteld. Het EHRM heeft meer dan eens overwogen dat medische privacy een bijzonder gewichtig aspect van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer betreft. Het gaat hier immers niet alleen om de bescherming van privacy als zodanig, maar ook om de bescherming van de volksgezondheid, die in het geding komt als mensen zich niet laten behandelen uit angst voor openbaring van hun gezondheidsgegevens. Daaruit volgt dat met deze gegevens bijzonder zorgvuldig moet worden omgegaan (o.a. EHRM 25 februari 1997, 22009/93 (Z. t. Finland); EHRM 27 augustus

1997, 20837/92 (M.S. t. Zweden)).

In het kader van het onderzoek naar het belang van de werkgever kon daarom niet worden volstaan met de constatering dat de werkgever nu eenmaal gebonden was aan de eisen die BP stelde. Er had kunnen worden onderzocht of de werknemer niet ergens anders tewerkgesteld kon worden. Ook had kunnen worden bekeken of er niet een minder ingrijpende manier was geweest om hetzij de loodkeuring uit te voeren, hetzij de werknemer op een andere manier te beschermen tegen blootstelling aan lood. De werknemer was wel bereid om urine te laten testen. Bekeken had moeten worden of dat niet voldoende was.

Al deze elementen kunnen op de een of andere manier wel worden teruggevonden in de overwegingen van het hof, zodat het in die zin verdedigbaar is dat de Hoge Raad zonder nadere motivering niet overging tot cassatie. Er is echter wel een cruciaal verschil tussen de manier waarop het hof al deze elementen op elkaar betreft, en de manier waarop dit volgens een grondrechtelijk toetsingskader zou gaan. Dit betreft de vraag op welk uitgangspunt een uitzondering bepleit moet worden. Je zou dat de 'bewijslastverdeling' kunnen noemen (het is dat niet echt omdat een werkgever bij het EVRM strikt genomen geen partij is en dus geen bewijslast heeft). Het hof neemt als uitgangspunt dat de werkgever vrij is om zijn onderneming naar eigen goeddunken in te richten, zodat de redelijkheid van een opdracht door de rechter slechts marginaal kan worden getoetst. De werknemer moet aldus maar aannemelijk maken dat de opdracht in zijn geval niet redelijk was. In een grondrechtelijke toets staat de waarde van het grondrecht voorop, en moet de rechtvaardiging van de inbreuk worden aangetoond, in dit geval door de werkgever. Dat legt een veel zwaardere bewijslast op de werkgever voor de noodzaak van de keuring. Van de werknemer zou in dat geval niet onmiddellijk worden gevraagd om zijn eigen belang bij bescherming van zijn privacy toe te lichten. Toegegeven zij dat dat belang in de proportionaliteitstoets bij artikel 8 lid 2 EVRM wel een rol speelt, en dat ook het EVRM nog geen heldere oplossing heeft ontwikkeld voor de situatie waarin de klager dat belang het liefst geheim houdt (zie hierover mijn noot bij EHRM 18 april 2012, (Eternit/Frankrijk), AR Updates annotaties AR 2012-0513).

Is de uitspraak van het hof daarom in strijd met artikel 8 EVRM? Kan de weigerachtige brandwacht met succes de Nederlandse staat aansprakelijk stellen vanwege de schending van zijn grondrecht op medische privacy? Dat valt niet met zekerheid te zeggen. Het EHRM vergt niet van nationale rechters om hetzelfde toetsingskader te hanteren als het EHRM zelf. Een zorgvuldige belangenafweging kan genoeg zijn. In mijn ogen is de afweging van het hof echter niet zorgvuldig genoeg, zeker niet in het licht van de toepasselijke wetgeving.

## 6. Tot besluit

Deze uitspraak past in de trend zoals ingezet in het al genoemde Hyatt-arrest. Volgens deze trend heeft de werkgever al snel een voldoende gewichtig belang om inbreuk te maken op het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van een werknemer. Vanwege het feit dat in deze uitspraak het wettelijke kader bij een gezondheidskeuring niet wordt geraadpleegd, kan er mijns inziens echter nauwelijks precedentwerking aan worden

toegekend.