

Medisch onderzoek als selectie- en meetinstrument binnen de arbeidsrelatie

Maitrie M. Chotoe*

1 Inleiding

De fysische en psychische toestand van de werknemer is van eminent belang binnen de arbeidsverhouding. Deze beïnvloedt namelijk de arbeidsprestatie. De gezondheid van het personeel is van belang voor de arbeidsproductiviteit, de veiligheid en de gezondheid binnen de onderneming, evenals de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheden van de werkgever en de werknemer. Deze situatie brengt met zich mee dat de werkgever gerechtvaardigde belangen kan hebben om inzicht te hebben in de gesteldheid van de werknemer. Elk medisch onderzoek door de werkgever dient echter gebaseerd te zijn op een van de volgende drie rechtvaardigingsgronden:¹

- 1 Werknemers ondergaan een medische controle bij melding van ziekte.
- 2 Werknemers moeten fysiek en psychisch in staat zijn de arbeid te verrichten die hen wordt opgedragen.
- 3 De werkgever heeft redenen om de werknemer te laten onderzoeken in verband met zijn selectievrijheid.

De lichamelijke integriteit is aan de orde bij verschillende medische onderzoeken b.v.: medische controle bij ziekte, de periodieke keuring, aanstellingskeuring en zwangerschapsonderzoeken. Deze medische onderzoeken impliceren een inbreuk op de privacy van de werknemer, te weten de lichamelijke integriteit. De lichamelijke integriteit valt ook onder de noemer van privacy. Hierbij bestaat het risico dat de inbreuk ongerechtvaardigd is. Daarom moet beoordeeld worden of bij deze medische onderzoeken voldoende rekening wordt gehouden met het recht op privacy van de werknemers. Het recht op privacy wordt beschouwd als een van de fundamenten van een democratische rechtsstaat. De bescherming van het recht op privacy is immers in diverse internationale verdragen verankerd. In artikel 17 Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten (IVBPR)² is onder andere opgenomen dat niemand onderworpen mag worden aan willekeurige of onwettige inmenging in zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling, noch aan onwettige aantasting van zijn eer en goede naam. Lid 2 bepaalt dat eenieder recht heeft op bescherming door de wet tegen zodanige inmenging of aantasting. Het recht op privacy is eveneens terug te vinden in artikel 11 van het

* Mr. dr. M.M. Tedjoe-Chotoe is als hoofddocent verbonden aan de Anton de Kom Universiteit van Suriname. Dit artikel is gehaald uit de dissertatie van schrijfster getiteld 'Het recht op privacy in de arbeidsrelatie in Suriname', welke zij op 18 december 2020 verdedigd heeft aan de Universiteit van Utrecht. Het artikel is waar nodig aangepast aan de nieuwe Surinaamse arbeidswetten.

- 1 F. Hendrickx, *Privacy en arbeidsrecht in jura falconis*, jg 35, 1998-1999, nr. 4.
- 2 Verdragenblad van de Republiek Suriname 1981, nr. 17.

Maitrie M. Chotoe

Amerikaans Verdrag voor de Rechten van de Mens³ (AVRM). Suriname heeft het IVBPR en het AVRM geratificeerd op respectievelijk 28 december 1976 en 12 november 1987. Het recht op privacy is ook grondwettelijk verankerd in Suriname en wel in artikel 17 van de Grondwet. Ook is in artikel 9 van de Grondwet het recht op de fysieke integriteit geregeld. De medische onderzoeken moeten derhalve voldoen aan de voorwaarden zoals vervat in de bovengenoemde privacybepalingen. In dit artikel worden deze voorwaarden nader uitgewerkt. Eerst zullen de algemene toetsingscriteria van de privacybepalingen belicht worden. Vervolgens zullen de criteria bij verschillende medische onderzoeken uiteen gezet worden, t.w. de criteria die gelden bij controle van ziekte, aanstellingskeuring, periodieke keuring en zwangerschapsonderzoek.

2. Grondslag en algemene toetsingscriteria

Het recht op privéleven wordt beschermd door artikel 17 IVBPR, artikel 11 AVRM en artikel 17 van de Grondwet. De lichamelijke integriteit wordt ook beschermd door het recht op privéleven. Dit betekent dat medische onderzoeken en medische behandelingen, behalve in bijzondere omstandigheden, niet mogen plaatsvinden zonder toestemming van degene die het betreft.⁴ Het ondergaan van een medische behandeling of medisch onderzoek tegen de wil of zonder toestemming van de betrokkene levert een inmenging op met diens privéleven ex artikel 17 IVBPR en artikel 11 AVRM.⁵ In beginsel is geïnformeerde toestemming vereist wanneer sprake is van medisch onderzoek en medische behandeling.⁶ Voor het uitvoeren van een medisch onderzoek moet dus een verantwoordingsgrond worden aangeduid. Als het niet gaat om medisch onderzoek ten behoeve van preventieve en curatieve keuringen is een uitdrukkelijke en overtuigende legitimatie vereist.⁷ Binnen de arbeidsrechtelijke jurisprudentie wordt over het algemeen het recht op privacy op een indirecte wijze toegepast.⁸ Dit blijkt ook uit de arresten Edamse bijstandzaak, Wennekes-Lederwaren en Hyatt I.⁹ Ook in het Hyatt Hotelarrest van 2019 heeft de Hoge Raad bevestigd dat grondrechten niet direct werken tussen burgers onderling.¹⁰ Het grondrecht wordt niet direct toegepast door de rechter, doch er vindt

3 <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm> geraadpleegd d.d. 15 juni 2016.

4 Karin de Vries, 'Het recht op privéleven en aanverwante rechten', in *Grondrechten: de nationale, Europese en Internationale dimensie*, Gerards e.a., Ars Aequi Libri: Nijmegen, 2013, pag. 140.

5 Karin de Vries, 'Het recht op privéleven en aanverwante rechten', in *Grondrechten: de nationale, Europese en Internationale dimensie*, Gerards e.a., Ars Aequi Libri: Nijmegen, 2013, pag. 156.

6 Vetzo, M., and J. H. Gerards. 'Algoritme-gedreven technologieën en grondrechten', *Computerrecht* 1 (2019): 10-19, pag. 71-72.

7 H.J.J. Leenen e.a. *Handboek gezondheidsrecht* (zevende druk), Den Haag: Boom juridisch 2017, pag. 272.

8 EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88 (Niemiets/Duitsland); EHRM 25 juni 1997, NJ 1998, 506; EHRM 3 april 2007, JAR 2007/233 (Copland/UK); EHRM 5 september 2017, JAR 2017/259 (Barbulescu/Roemenië); EHRM 28 november 2017, JAR 2018/20 (Antovic en Mirkovic/Montenegro).

9 Hoge Raad 9 januari 1987, NJ 1987, 928 (Edamse Bijstandzaak); Hoge Raad 27 april 2001, JAR 2001/95, NJ 2001/421 (Wennekes- lederwaren); Hoge Raad 14 september 2007, JAR 2007/250.

10 Hoge Raad 22 november 2019, nr. 18/01580.

een afweging plaats tussen het belang van de werkgever en het belang van de werknemer, waarbij de uit het grondrecht, in casu het recht op privacy, voortvloeiende toetsingscriteria eventueel een rol kunnen spelen bij de belangenafweging.¹¹ Dit toetsingskader dat voor werkgevers geldt, bestaat uit de volgende voorwaarden:

- 1 het voorzien-bij-wet-criterium;
- 2 het legitiemdoelcriterium;
- 3 het noodzakelijkheidscriterium.

3 Controle bij ziekte

Drie personen die een belangrijke rol vervullen tijdens de medische begeleiding zijn de werkgever, de werknemer en de (bedrijfs)arts. Deze drie figuren hebben verschillende relaties tot elkaar, doch deze zijn 'onlosmakelijk van elkaar, tegenover elkaar'.¹² Uit de bevoegdheid van de werkgever tot het opstellen van controlevoorschriften vloeit niet voort dat hijzelf de controlebevoegdheid mag uitoefenen.¹³ Ook de kantonrechter heeft in een uitspraak bepaald dat de controlerende taak inzake ziekteaanleggenheden wettelijk is opgedragen aan een onafhankelijke derde. De werkgever heeft een beperkte rol bij de controle op het ziekteverzuim alsmede de naleving van de ziekteverzuimvoorschriften. De werkgever mag niet zelf controleren of de werknemer terecht wegens ziekte verzuimt. Hij moet dit laten doen door de arts.¹⁴ Binnen de Surinaamse arbeidswetgeving zijn er vooralsnog geen bepalingen betreffende medische keuringen van werknemers (tijdens of wegens ziekte). In het huidige BW van Suriname ontbreekt een definiëring van de behandelingsovereenkomst¹⁵. In het huidige recht is slechts krachtens artikel 1613 BW een regeling getroffen voor de civielrechtelijke relatie tussen arts en patiënt, te weten de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten.¹⁶ Wel zijn in bepaalde collectieve arbeidsovereenkomsten bedingen opgenomen die werknemers ver-

- 11 I. van der Helm, *De privacy bescherming van de zieke werknemer* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2009, pag. 36; R. Nehmelman & C.W. Noorlander, *Horizontale werking van grondrechten: over een leerstuk in ontwikkeling*, Kluwer B.V. 2013, pag. 314-315; Hoge Raad 9 januari 1987, NJ 1987, 928; Hoge Raad 8 april 1994, NJ 1994, 704; Hoge Raad 27 april 2001, JAR 2001/95; Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 1986, NJ 1987, 452; Rb. Roermond 12 september 1985, KG 1985/299.
- 12 De relatie tussen de werkgever en arts kan getypeerd worden als de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten ex artikel 1613 BW. Tussen de werknemer en de werkgever is er krachtens artikel 1613a BW sprake van een arbeidsovereenkomst en tussen de werknemer en de arts een geneeskundige behandelingsovereenkomst.
- 13 I. van der Helm, *De privacy bescherming van de zieke werknemer* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2009, pag. 141; I.J. de Laat, 'Privacy en de zieke werknemer', *Arbeidsrechtpraktijk*, SDU uitgevers, juni 2009, pag. 5.
- 14 Ktr. Lelystad 3 oktober 2001, JAR 2001/226.
- 15 In boek 7 van het Ontwerp BW is in artikel 466 lid 1 opgenomen dat de behandelingsovereenkomst de overeenkomst is waarbij een natuurlijke persoon of een rechtspersoon, de hulpverlener, zich in de uitoefening van een geneeskundig beroep of bedrijf tegenover een ander, de opdrachtgever, verbindt tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst, rechtstreeks betrekking hebbende op de persoon van de opdrachtgever of van een derde. Degene op wiens persoon de handelingen rechtstreeks betrekking hebben, wordt aangeduid als de patiënt.
- 16 J.R. Berculo en J.R. Dullaert, 'Twee vraagstukken in het Surinaams ontslagrecht: ontslag tijdens ziekte en de voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd', *SJB* 2007 no. 3, pag. 52.

Maitrie M. Chotoe

plichten om een geneeskundig onderzoek te ondergaan bij (langdurige) ziekte. Deze vermelden bijvoorbeeld uitdrukkelijk dat *'de werknemer zich verbindt om zich tijdens langdurige ziekte te onderwerpen aan een medische keuring c.q. geneeskundig onderzoek'*. Wanneer de verplichting voortvloeit uit een contractuele verplichting lijkt de grondslag voor het ondergaan van een periodiek geneeskundig onderzoek wegens ziekte anders dan wanneer deze afhankelijk is van toestemming. Er kan een verplichting in een individuele arbeidsovereenkomst of cao staan om zich bij (langdurige) ziekte aan een medisch onderzoek te onderwerpen. De werknemer kan vanwege deze meewerkingsplicht onder druk komen te staan om een medisch onderzoek te laten verrichten. Deze situatie wordt in de literatuur ook wel als 'drang' betiteld. In de gezondheidsrechtelijke literatuur en de bedrijfsgeneeskundige praktijk gaat men ervan uit dat ondanks deze 'drangsituatie' deze overeenkomst een basis is voor een medisch onderzoek. Van de werknemer kan immers verwacht worden dat hij in redelijke mate medewerking verleent voor controle bij de loon-doorbetaling bij ziekte. Toch moet bij het verlangen van de medewerkingsplicht zo veel mogelijk aangesloten worden bij het toestemmingsvereiste.¹⁷ Al volgt uit de arbeidsovereenkomst of cao toestemming aan de werkgever voor inbreuk op zijn fysieke integriteit, er mag geen sprake zijn van onrechtmatige schending van het recht op privacy van de werknemer. Er is sprake van rechtmatige schending indien het onderzoek naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid wordt uitgevoerd en de grenzen van het maatschappelijk toelaatbare niet overschreden worden.

Bij medisch onderzoek ten behoeve van controlevoorschriften, zoals bij ziekte, is de arbeidsovereenkomst de grondslag op grond waarvan de werkgever de bevoegdheid heeft tot het opleggen van dergelijke regels. Bij het uitoefenen van deze bevoegdheid dient de werkgever rekening te houden met artikel 1614y BW, waarbij de werkgever zich als een goed werkgever moet gedragen. Het goedwerkgeverschap brengt met zich mee dat de werkgever de persoonlijke levenssfeer van de werknemer respecteert. Van de zijde van de werknemer is het goedwerknemerschap artikel 1615d BW een basis om redelijke instructies op te volgen die gegeven worden in het kader van de te verrichten werkzaamheden en ter bevordering van de goede orde in de onderneming. Dat kan ook betekenen dat hij moet meewerken aan het voldoen aan bepaalde controles. De normen die gelden bij controle bij ziekte zien er als volgt uit:

Bij medisch onderzoek ten behoeve van controlevoorschriften, zoals bij ziekte, is de arbeidsovereenkomst of cao de grondslag. Daarnaast moet op grond van artikel 1614y BW het onderzoek naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid worden uitgevoerd en de grenzen van het maatschappelijk toelaatbare niet overschrijden.

17 I. van der Helm 2010, 'In hoeverre kan de zieke werknemer verplicht worden een medische behandeling te volgen?', in TAP 2010/6, pag. 242.

4 Aanstellingskeuring

Het doel van de aanstellingskeuring is primair om te beoordelen of de werknemer naar medische maatstaven geschikt is voor de functie; hierbij dient de keuringsarts de belastbaarheid van de kandidaat, in casu de werknemer, af te wegen tegen het belastingspatroon van de functie.¹⁸ Het ondergaan van een medisch onderzoek, in casu de aanstellingskeuring, zou alleen verplicht gesteld kunnen worden indien dit relevant en noodzakelijk is voor het doel, het in redelijke verhouding staat tot dat doel en er geen andere manier is om de informatie te verkrijgen.¹⁹ De vragen en onderzoeken tijdens de keuring mogen geen onevenredige inbreuk maken op de privacy van de werknemer. Voorts moeten de belangen van de werkgever afgewogen worden tegen de aantasting van de persoonlijke levenssfeer van de werknemer. Er wordt dan voldaan aan de voorwaarden van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit om een gerechtvaardigde inbreuk te kunnen maken op de privacy van de werknemer ex artikel 17 IVBPR en artikel 11 AVRМ. Een aanstellingskeuring is dus alleen mogelijk, indien het werk bijzondere functie-eisen met zich meebrengt die een bijzondere aanspraak doen op de medische belastbaarheid van de werknemer, bijvoorbeeld wanneer de gezondheid van de werknemer negatief beïnvloed zal worden door het werk. Deze criteria zijn echter niet in de huidige wetgeving nader uitgewerkt. De overheid, op wie de verdragsrechtelijke plicht rust, zal zorg moeten dragen voor de noodzakelijke wettelijke regelgeving om de privacy van de werknemer bij het ondergaan van de aanstellingskeuring te garanderen. De Nederlandse wetgever heeft in de Wet op de Medische Keuring (hierna WMK) de normen tot het verrichten van medische keuringen wettelijk vastgelegd. Wettelijke vastlegging bleek noodzakelijk te zijn teneinde enerzijds ongeoorloofde en onnodige keuringen terug te dringen en anderzijds toelaatbare keuringen in goede banen te leiden. Deze wet tracht het vragen naar gezondheidsinformatie en het onderwerpen van kandidaten aan medische keuringen te reguleren. Deze wet beoogt de persoonlijke levenssfeer en de lichamelijke integriteit van de keurling te beschermen en zijn rechtspositie te versterken als het de toegang tot arbeid en verzekeringen betreft. Hierbij dient er ook rekening gehouden te worden met de gerechtvaardigde belangen van de keuringsvrager.²⁰ Met deze wet is de mogelijkheid om sollicitanten op grond van gezondheidstoestand af te wijzen aanzienlijk beperkt. De Wet op de Medische keuringen bevat algemene normen voor aanstellings- en verzekeringskeuringen. Onder keuring wordt verstaan zowel het verrichten van medisch onderzoek als het stellen van vragen over de gezondheidstoestand. Op grond van artikel 2 WMK moeten keuringen naar aard, inhoud en omvang beperkt blijven tot het doel waarvoor ze worden verricht. Dit artikel omvat het principe van de doelbinding. Volgens artikel 3 WMK mogen geen vragen gesteld en geen medische onderzoeken verricht worden die een onevenredige in-

18 H.J. Terstegge en H.H. de Vries, *Privacy in arbeidsverhoudingen*, Den Haag, 1994, pag. 59.

19 I. van der Helm, *De privacy bescherming van de zieke werknemer* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2009, pag. 194.

20 H.J.J. Leenen e.a. *Handboek gezondheidsrecht* (zevende druk), Den Haag: Boom juridisch 2017, pag. 273.

Maitrie M. Chotoe

breuk betekenen op de persoonlijke levenssfeer van de keurling. Dit artikel belichaamt het proportionaliteitsvereiste. In lid 2 van voornoemd artikel is een nadere invulling van het proportionaliteitsvereiste geregeld, namelijk geen enkel onderdeel van de medische keuring mag van dien aard zijn dat het te verwachten belang voor de keuringsvrager niet opweegt tegen de risico's daarvan voor de keurling, of dat anderszins voor de keurling een onevenredig zware belasting met zich meebrengt.²¹ Op grond van artikel 4 WMK mogen aanstellingskeuringen alleen plaatsvinden als aan de vervulling van de betreffende functie bijzondere eisen op het punt van de medische geschiktheid moeten worden gesteld. 'Onder medische geschiktheid voor de functie wordt begrepen de bescherming van de gezondheid en veiligheid van de keurling en van derden bij de uitvoering van de desbetreffende arbeid'. Bij bijzondere eisen kan gedacht worden aan bijvoorbeeld risico's voor de gezondheid en veiligheid van de keurling, functies waarbij met gevaarlijke machines gewerkt wordt of bepaalde stoffen die een bedreiging vormen voor de gezondheid van de keurling. Deze bijzondere eisen moeten blijken uit tevoren aan de keurling bekendgemaakte medische beoordelingscriteria. Het bovenstaande impliceert dat aanstellingskeuringen bij functies zonder medische functie-eisen niet toelaatbaar zijn.²² Een aanstellingskeuring is dus alleen mogelijk indien het werk bijzondere functie-eisen met zich meebrengt die een bijzondere aanspraak doen op de medische belastbaarheid van de werknemer. Er moet voldaan worden aan de voorwaarden van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit.

5 Periodieke keuring

De periodieke keuringen kunnen op grond van uiteenlopende redenen plaatsvinden; het gaat bijvoorbeeld om de gezondheid van de gekeurde zelf, en/of de gezondheid en veiligheid van derden, of van het publiek.²³ In de eerste situatie gaat het om werkgerelateerde aandoeningen bij werknemers te kunnen voorkomen, het bewaken van de gezondheid van de werknemer welke verband houdt met het werk alsmede de inzetbaarheid en het functioneren van de werknemer te verbeteren en te vergroten.²⁴ Naast het toestemmingsvereiste moeten ook de grondrechtelijke eisen van artikel 17 IVBPR en artikel 11 AVRМ in acht genomen worden: het noodzakelijkheids-, subsidiariteits- en proportionaliteitscriterium.²⁵ Hiermee wordt voldaan aan de voorwaarden van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiari-

- 21 H.J.J. Leenen e.a. *Handboek gezondheidsrecht* (zevende druk), Den Haag: Boom juridisch 2017, pag. 277-278.
- 22 Gewijzigde MvT, *Kamerstukken II 1993/94*, 23 259, 7, pag. 18.
- 23 A.D. Marshall, *De rechtspositie van de medische keurling*, (Doctoraal Scriptie), Anton de Kom Universiteit van Suriname, 1992, pag. 10.
- 24 J.K. Sluiter, *Geschikt of ongeschikt? Werken aan arbeidsgeneeskundige beoordeling en Begeleiding*, (Oratie Universiteit van Amsterdam 2014), pag. 11, 16; A.D. Marshall, *De rechtspositie van de medische keurling*, (Doctoraal Scriptie), Anton de Kom Universiteit van Suriname, 1992, pag. 10.
- 25 I. van der Helm 2010, 'In hoeverre kan de zieke werknemer verplicht worden een medische behandeling te volgen?', in TAP 2010/6, pag. 242.; A.D. Marshall, *De rechtspositie van de medische keurling*, (Doctoraal Scriptie), Anton de Kom Universiteit van Suriname, 1992, pag. 11.

teit om een gerechtvaardigde inbreuk te kunnen maken op de privacy van de werknemer.²⁶

In de Surinaamse wetgeving zijn voor bepaalde periodieke keuringen wettelijke grondslagen aanwezig. Bijvoorbeeld het geneeskundig onderzoek dat jaarlijks of driemaandelijks moet plaatsvinden indien de werknemer per week aan een grotere dosis radioactiviteit dan 0,1 rem blootstaat (ex artikel 30 lid 2 van het Veiligheidsvoorschrift nr. 8)²⁷, is te karakteriseren als een periodieke keuring. Het uitvoeren van radiologische werkzaamheden is afhankelijk gesteld van de uitkomsten van een medische keuring en een persoonlijke stralingscontrole. Op basis hiervan kunnen beperkingen op of een verbod tot deze werkzaamheden worden opgelegd. In artikel 30 lid 4 van voornoemd besluit is opgenomen dat indien bedoeld geneeskundig onderzoek ertoe leidt dat een werknemer geen radiologische werkzaamheden mag verrichten of deze slechts met inachtneming van bepaalde beperkingen mag verrichten, hem, alsmede het Hoofd der Arbeidsinspectie, hiervan schriftelijk mededeling wordt gedaan. In de tweede situatie betreft het werkzaamheden die verricht worden waarbij de veiligheid en gezondheid van derden in het geding kunnen zijn; bijvoorbeeld de keuring van mensen die met voedsel omgaan²⁸, hetgeen jaarlijks moet plaatsvinden, kan gekwalificeerd worden als een periodieke keuring.²⁹ Bij een negatief resultaat kan aan de werknemer een aangepaste functie aangeboden worden. Wanneer echter blijkt dat de werknemer de aangepaste werkzaamheden niet kan verrichten, dan zal de werkgever in overleg met de werknemer

26 R.F. Kötter, *De rechtspositie van de sollicitant en van de werknemer tijdens de proeftijd* (diss.), Leiden University, 2010, pag. 87.

27 Besluit Ioniserende Straling (G.B. 1981 nr. 73).

28 A.D. Marshall, *De rechtspositie van de medische keurling*, (Doctoraal Scriptie), Anton de Kom Universiteit van Suriname, 1992, pag. 10.

29 In artikel 1 lid 1 van de Landsverordening houdende enige maatregelen ter bevordering van de volksgezondheid (G.B. 1953, no. 138) is onder meer opgenomen dat de werknemers gekeurd moeten zijn. De keuring omvat onder meer een lichamelijk, röntgenologisch, serologisch en bacteriologisch alsmede psychisch en psychiatrisch onderzoek. De geldigheidsduur is ten hoogste één jaar.

Maitrie M. Chotoe

een afvloeiingsregeling treffen, een en ander in overeenstemming met de wet en cao.³⁰

In artikel 22 Ontwerpwet Arbeidsomstandigheden 2019 is het volgende opgenomen over periodieke keuringen:³¹

1. De werkgever stelt de werknemers periodiek in de gelegenheid een onderzoek te ondergaan, dat verricht wordt door een onafhankelijke arts en dat erop is gericht de risico's die de arbeid voor de gezondheid van de werknemers met zich meebrengt, zoveel mogelijk te voorkomen of te beperken.
2. De werknemers zijn verplicht zich te onderwerpen aan het onderzoek genoemd in lid 1.'

Deze bepaling heeft betrekking op het monitoren van de gezondheid van de werknemer in het kader van het voorkomen van met name de beroepsziekten. De typen arbeid waarvoor in eerste aanleg een arbeidsgeneeskundig onderzoek gewenst is, moeten afgeleid worden van de 'ILO Revised List of Occupational Diseases' (ILO Herzienne lijst van beroepsziekten 2010). In de MvT van voornoemde Ontwerpwet is ook opgenomen dat bij of krachtens staatsbesluit met betrekking tot dit arbeidsgezondheidskundig onderzoek en de wijze van registratie, verwerking en bewaring van de uitslag daarvan, nadere regels gesteld worden.³² Op grond van deze bepaling zullen werknemers verplicht zijn om zich regelmatig aan een periodiek onderzoek bloot te stellen. Ingevolge de Ontwerp Arbeidsomstandighedenwet moeten werkgevers de werknemers in de gelegenheid stellen om regelmatig een medisch onderzoek te ondergaan. In voornoemd artikel staat echter strikt genomen geen beperking voor het soort onderzoek, maar meer een verplichting om dit soort onderzoek te houden. In de ontwerpwet is ook expliciet opgenomen dat de periodieke keuring door een onafhankelijke arts verricht moet worden. Op grond van het bovenstaande moet de periodieke keuring dus voldoen aan de criteria van noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit.

30 Cao Self-Reliance Verzekeringen 1 januari 2010-31 december 2010; Cao Anton de Kom Universiteit van Suriname 01 januari 2007-31 december 2007. Bij een negatief resultaat kan de dienstbetrekking overigens niet zonder meer beëindigd worden. Voor het rechtsgeldig kunnen beëindigen van de dienstbetrekking moet de werkgever ingevolge artikel 2 Wet Ontslagvergunning 2018 een ontslagvergunning aanvragen. In artikel 2 van de Wet Ontslagvergunning 2018 (S.B. 2018 No. 94) is onder andere opgenomen dat het een werkgever verboden is de dienstbetrekking van een werknemer te beëindigen zonder ontslagvergunning verleend door of namens de Minister. Deze bevoegdheid is gemandateerd aan de Ontslagcommissie. Deze Commissie heeft tot taak om ontslagvergunningen te beoordelen en namens de Minister een beslissing te nemen. (Nota van Toelichting S.B. 1986 No. 29 Besluit Ontslagcommissie, pag. 6.) Een dergelijke aanvraag zal beoordeeld worden door de Ontslagcommissie. In de Beschikking van 26 juli 1994 no. 1861 heeft het Ministerie van Arbeid een aantal criteria vastgesteld voor het beoordelen van de ontslagvergunningsaanvraag. Krachtens artikel 1 van deze Beschikking dient bij individuele ontslagvergunningsaanvragen, waarbij de reden van ontslag de persoon van de betrokken werknemer betreft, te worden onderzocht of de opgegeven reden al dan niet geldig is en of de procedure die gehanteerd is door de werkgever in overeenstemming is met de wet, de cao, het arbeidsreglement en de jurisprudentie. Het zonder meer eenzijdig beëindigen van de dienstbetrekking bij een negatief resultaat van de periodieke keuring is dus niet mogelijk.

31 http://dna.sr/media/255959/Arbeidsomstandighedenwet_2019.pdf.

32 http://dna.sr/media/255959/Arbeidsomstandighedenwet_2019.pdf, pag. 41.

6 Zwangerschapsonderzoeken

Het verrichten van zwangerschapsonderzoeken is in beginsel niet geoorloofd. Bij de werving en selectie mag de werkgever immers geen onderscheid maken op grond van geslacht. Mannen en vrouwen moeten gelijk behandeld worden. Dit is ook vastgelegd in de Surinaamse wetgeving, en wel artikel 2 lid 1 wet Arbeidsbescherming Gezin, waarin is opgenomen dat het de werkgever verboden is om onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen bij het aangaan, wijzigen en beëindigen van de arbeidsovereenkomst. Van deze bepaling kan afgeweken worden indien het bedingen betreft die op de bescherming van de vrouw, met name in verband met zwangerschap en moederschap, betrekking hebben ex artikel 2 lid 2 sub b.³³ In artikel 4 lid 1 Wet Gelijke Behandeling Arbeid is ook het bovenstaande verbod opgenomen:

‘de werkgever mag geen onderscheid maken op basis van ras, sekse, religie, huidskleur, etnische afkomst, nationale afkomst, sociale oorsprong, politieke overtuiging, beperking, hivpositieve status, gezinsverantwoordelijkheid, leeftijd, zwangerschap of burgerlijke staat bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, het verstrekken van onderricht aan de werknemer, in de arbeidsvoorwaarden, bij de arbeidsomstandigheden, bij de bevordering en bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst’.

Voorts is in Artikel 6 lid 2 Wet Gelijke Behandeling Arbeid uitdrukkelijk bepaald dat het de werkgever verboden is een zwangerschapstest af te doen nemen van een werknemer in verband met een sollicitatie of een besluit ter continuering van de dienstbetrekking. Lid 2 vindt zijn oorsprong in ILO Verdrag No. 183 inzake bescherming van het moederschap. Zwangerschapstesten zijn verboden voor de beoordeling om een vrouw wel of niet in dienst te nemen. Deze testen zijn enkel toegestaan als het puur gaat om functies en beroepen waar rekening moet worden gehouden met zwangerschappen in het belang van de vrouw zelf.³⁴ Lid 3 bepaalt dat van lid 2 alleen afgeweken kan worden als gelet op de geldende of toekomstige taken en de verantwoordelijkheden van de werknemer en de werkomstandigheden, het verrichten van arbeid het riskant zou kunnen zijn voor de gezondheid van een moeder, een vrouw in verwachting of haar zogende of ongeboren kind.³⁵ Het vragen naar zwangerschap tijdens de sollicitatie is op zich niet toegestaan, het is immers verboden om daarnaar te vragen³⁶, laat staan werknemers (sollicitanten) aan dergelijk onderzoek te onderwerpen. Slechts in gevallen wanneer er gewerkt zal worden in ruimten met gevaarlijke stoffen en dientengevolge een arbeidsverbod geldt voor zwangeren in betreffende functie, kunnen dergelijke vragen gesteld

33 Wet Gelijke Behandeling Arbeid S.B. 2022, no. 137.

34 MvT Wet Gelijke Behandeling Arbeid S.B. 2022, no. 137, pag. 28.

35 http://www.dna.sr/media/263434/Wet_Gelijke_Behandeling_Arbeid_ID_50211_.pdf.

36 www.mensenrechten.nl/publicaties/detail/9889, onderzoeksrapport van CGB, “Hoe is het bevallen”, p.18.

Maitrie M. Chotoe

worden.³⁷ De zwangerschap mag echter de indiensttreding niet in de weg staan. Op grond van het goedwerkgeverschap moet de werkgever tijdens de keuring slechts die aspecten onderzoeken welke relevant zijn voor de uitoefening van de functie. Immers zoals eerder vastgesteld dient een medische keuring te voldoen aan de eisen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit.

Op grond van gelijke behandeling mag de werkgever derhalve de vrouwelijke werknemer niet onderwerpen aan een zwangerschapsonderzoek. Slechts in gevallen wanneer er gewerkt zal worden in ruimten met gevaarlijke stoffen en dientengevolge een arbeidsverbod geldt voor zwangeren in betreffende functie kunnen dergelijke vragen gesteld worden. De zwangerschap mag echter de indiensttreding niet in de weg staan.

7 Conclusies

Uit het voorgaande kan afgeleid worden dat medische onderzoeken binnen de arbeidsrelatie niet zonder meer mogen plaatsvinden. Dergelijke onderzoeken impliceren een inbreuk op de privacy van de werknemer en om gerechtvaardigde inbreuk te kunnen maken op het privacyrecht van de werknemer dient de werkgever te voldoen aan toetsingscriteria voortvloeiende uit de artikelen 17 IVBPR en 11 AVR.M. Bij medisch onderzoek ten behoeve van controlevoorschriften, bijvoorbeeld bij ziekte, is de arbeidsovereenkomst of cao de grondslag. Op grond van artikel 1614y BW moet het onderzoek naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid worden uitgevoerd en de grenzen van het maatschappelijk toelaatbare niet overschrijden. Een aanstellingskeuring is alleen mogelijk indien het werk bijzondere functie-eisen met zich meebrengt die een bijzondere aanspraak doen op de medische belastbaarheid van de werknemer. Er moet voldaan worden aan de voorwaarden van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. Deze criteria zijn echter niet in de huidige wetgeving nader uitgewerkt. Om deze lacune aan te vullen is nadere regelgeving op dit stuk vereist. De overheid, op wie de verdragsrechtelijke plicht rust, zal zorg moeten dragen voor de noodzakelijke wettelijke regelgeving om de privacy van de werknemer bij het ondergaan van de medische keuringen te garanderen. In dit kader kan wetgeving geconcipieerd worden die betrekking heeft op de waarborging van het recht op privacy binnen de arbeidsverhouding bij het verrichten van verschillende medische onderzoeken. Ter inspiratie zou gekeken kunnen worden naar de Nederlandse situatie. De rechtsbescherming van werknemers bij aanstellingskeuring zou mijns inziens gebaat zijn bij de invoering van een wet inzake medische keuringen. Die bescherming kan mijns inziens het best geboden worden indien in de wet de keuring beperkt wordt tot situaties waarin de aard van de betreffende functie zo'n medisch onderzoek nodig maakt (noodzakelijkheids criterium en proportionaliteit). Het invoeren van een specifieke wet over de aanstellingskeuring impliceert dat de werkgever in beginsel geen ongerechtvaardigde inbreuk zal kunnen maken op het privacyrecht van de werknemer. Gelet op

37 S. van de Velde en A.G.I. Terhorst, *De zieke werknemer en privacy Regels voor de verwerking van persoonsgegevens van zieke werknemers*, Den Haag: College bescherming persoonsgegevens 2008, pag. 54-55.

het feit dat deze onderzoeken een inbreuk betekenen op de lichamelijke integriteit van de werknemer moet in een wettelijk voorschrift duidelijk vermeld worden wanneer een dergelijke inbreuk toelaatbaar is en in welke gevallen de werknemer zijn medewerking moet verlenen. De wettelijke bepaling kan als grondslag fungeren voor de bevoegdheid van de werkgever om de werknemers te kunnen onderwerpen aan medische keuringen. Middels deze regelgeving kan voorkomen worden dat de werkgever ongerechtvaardigde inbreuk maakt op de privacy van de werknemer. Met deze wet zullen de privacy en lichamelijke integriteit van de werknemers (keurlingen) gewaarborgd worden.

De periodieke keuring moet voldoen aan de criteria van noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit. Ingevolge de ontwerpwet Arbeidsomstandigheden zullen de periodieke keuringen niet willekeurig uitgevoerd mogen worden. In artikel 22 is immers opgenomen dat die periodieke keuringen uitgevoerd worden, die gericht zijn op het zoveel mogelijk voorkomen of beperken van de risico's die de arbeid voor de gezondheid van de werknemers met zich meebrengt. In voornoemd artikel staat strikt genomen geen beperking voor het soort onderzoek, maar meer een verplichting om dit soort onderzoek te houden. Teneinde het recht op privacy van de werknemer adequaat te kunnen waarborgen en eventuele 'willekeurige periodieke keuringen' terug te dringen is het aan te bevelen om in artikel 22 expliciet op te nemen dat deze keuringen alleen mogen, althans dat verplichtingen voor de werknemer alleen bestaan, als aan de in dit artikel genoemde eisen voldaan is.

Op grond van gelijke behandeling mag de werkgever de vrouwelijke werknemer niet onderwerpen aan zwangerschapsonderzoek. Slechts in gevallen wanneer er gewerkt zal worden in ruimten met gevaarlijke stoffen en dientengevolge een arbeidsverbod geldt voor zwangeren in betreffende functie, kunnen dergelijke vragen gesteld worden. De zwangerschap mag echter de indiensttreding niet in de weg staan. Krachtens artikel 6 lid 2 Gelijke Behandeling Arbeid mogen werknemers (sollicitanten) niet onderworpen worden aan zwangerschapsonderzoeken. Werkgevers moeten er zich dan bewust van worden dat zwangerschapsonderzoeken niet uitgevoerd mogen worden. Testen zijn toegestaan als het puur gaat om functies en beroepen waar rekening moet worden gehouden met zwangerschappen in het belang van de vrouw zelf. In lid 3 is expliciet opgenomen dat van lid 2 alleen afgeweken kan worden als gelet op de geldende of toekomstige taken en de verantwoordelijkheden van de werknemer en de werkomstandigheden, het verrichten van arbeid riskant zou kunnen zijn voor de gezondheid van een moeder, een vrouw in verwachting of haar zogende of ongeboren kind.