

Advies 2009-12

Vraag

Een HR consultant werkt voor een Nederlandse rechtspersoon, die werkzaamheden ontplooit in de medical device industrie. Voor dit bedrijf werken een aantal sales managers, die voornamelijk in het buitenland werkzaam zijn. Het bedrijf heeft ongeveer 10 van deze sales managers in dienst, waarvan er slechts één de Nederlandse nationaliteit bezit. De overige sales managers komen uit Duitsland, Frankrijk en België.

De sales managers verkopen medische apparatuur in voornamelijk buitenlandse ziekenhuizen of verhelpen problemen aan de apparatuur. Het gaat om apparatuur die gebruikt wordt in de cardiochirurgie en radiologie, waarbij gebruik wordt gemaakt van contrastvloeistoffen en injectienaalden. Deze werknemers geven geregeld demonstraties voor het ziekenhuispersoneel en kunnen in aanraking komen met deze vloeistoffen/naalden.

De directie overweegt de sales managers verplicht te laten keuren. De HR consultant vraagt aan de CKA of de Wet op de medische keuringen (Wmk) van toepassing is op de buitenlandse werknemers en tevens of de Wmk voor deze functie een medische keuring toestaat.

Antwoord

Voorop moet worden gesteld dat de CKA zich alleen kan uitlaten over (de toelaatbaarheid van) aanstellingskeuringen. Het hiernavolgende heeft uitsluitend betrekking op een eventueel verplicht te ondergaan medisch onderzoek in verband met het aangaan of wijzigen van een arbeidsovereenkomst.

Is de Wet op de medische keuringen van toepassing?

Nu een aantal van de werknemers buiten Nederland werkzaam is, moet in de eerste plaats worden vastgesteld of de Wet op de medische keuringen (Wmk) van toepassing is op alle door deze werkgever te sluiten arbeidsovereenkomsten.

Een aanstellingskeuring wordt als regel verricht voordat partijen een overeenkomst hebben gesloten. Deze zogenoemde 'pre-contractuele fase' wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de later tot stand gekomen overeenkomst of – als partijen van het aangaan van een overeenkomst hebben afgezien - van toepassing zou zijn geweest als wel tot het sluiten van een overeenkomst was overgegaan.¹

Welk recht geldt of zou hebben gegolden wanneer een overeenkomst is of zou zijn gesloten, wordt tot 17 december 2009 bepaald aan de hand van het EVO-verdrag². Uitgangspunt van het EVO-verdrag is dat het recht van toepassing is van het land waar gewoonlijk de arbeidsprestatie wordt verricht (het werkland-beginsel). De nationaliteit van de betrokken werknemer doet niet ter zake. Partijen kunnen het recht van een ander land dan het werkland van toepassing verklaren. Deze vrijheid van rechtskeuze is echter niet onbeperkt. Zij kan er namelijk niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest van de dwingende bepalingen van het recht dat zonder rechtskeuze (als regel dus het werkland) van toepassing zou zijn.

In de arbeidsovereenkomsten van de niet-Nederlandse werknemers staat niet vermeld onder welk recht zij vallen. Dit betekent dat op de arbeidsovereenkomsten het recht van toepassing is/wordt van

¹ Art. 12 lid 1 EG-Verordening 864/2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ("Rome II"); de verordening is 11 januari 2009 in werking getreden.

² Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst van 19 juni 1980, Verdrag van 19 juni 1980, Trb. 1980, 156 (Rectificatie Trb. 1991, 109). Overeenkomsten van na die datum zullen vallen onder de EG-Verordening 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst ("Rome I"). De in deze verordening neergelegde regels komen grotendeels overeen met het EVO-verdrag.

het land waar deze werknemers hun arbeidsprestatie plegen te verrichten (het werkland-beginsel). Is dat niet Nederland, dan is de WMK niet op deze arbeidsovereenkomsten van toepassing. Op de arbeidsovereenkomsten van de werknemers die gewoonlijk wel in Nederland werkzaam zullen zijn, is de WMK echter wel van toepassing, ook als in hun arbeidsovereenkomsten gekozen wordt voor toepasselijkheid van het recht van een ander land. De WMK is dwingend recht.

Staat de WMK een aanstellingskeuring toe voor de functie van sales manager?

Als de WMK van toepassing is, dan is een aanstellingskeuring slechts geoorloofd indien wordt voldaan aan de in die wet neergelegde voorschriften.

Een aanstellingskeuring is volgens de WMK alleen toegestaan in die situaties waarbij functie-eisen een bijzonder beroep doen op de medische geschiktheid van de kandidaat. Onder bijzondere eisen op het punt van medische geschiktheid wordt verstaan:

- de bescherming van de gezondheid en de veiligheid van de keurling en van derden bij de uitvoering van de desbetreffende arbeid; en
- de risico's voor de gezondheid en de veiligheid, die niet met gangbare maatregelen, overeenkomstig de stand der wetenschap en professionele dienstverlening, kunnen worden gereduceerd.

De risico's die met de functie samenhangen moeten dus in eerste instantie zoveel mogelijk door de werkgever worden voorkomen door het treffen van preventieve maatregelen.

In de geschetste situatie moet dus in de eerste plaats worden vastgesteld of het werken met injectienaalden en contrastvloeistoffen binnen de functie van de sales manager een bijzonder risico oplevert voor de gezondheid en veiligheid van deze werknemers zelf of anderen.

Mocht dat het geval zijn, dan zal vervolgens de vraag moeten worden beantwoord of dit risico met hulpmiddelen kan worden opgelost. De CKA acht het waarschijnlijk dat dit laatste in deze casus het geval is. Een aanstellingskeuring is dan niet geoorloofd.

De Arbodienst of bedrijfsarts aan wie de werkgever op grond van de WMK schriftelijk advies moet vragen over de toelaatbaarheid van de aanstellingskeuring voor de functie van salesmanager zal deze vragen moeten beantwoorden.

De WMK bevat daarnaast nog diverse andere procedurele en inhoudelijke voorschriften voor de aanstellingskeuring.