

Het vaccin. Gamechanger in de samenleving, keuze op de werkvloer.

Tim Opgenhaffen Arbeidsrecht Journaal 2021 Rechtsleer

Het COVID-19-vaccin zorgt voor beroering op de werkvloer. Hoewel iedereen het erover eens is dat de werkgever het vaccin niet fysiek kan afdwingen, bestaat er onenigheid over de vraag of hij gevolgen mag verbinden aan de vaccinatiestatus van de werknemer. Deze bijdrage benoemt de consensus en gaat in op de discussiepunten. Daarbij toont ze aan dat hoewel het recht op privéleven en het anti-discriminatierecht geen principieel beletsel vormen, het gegevensbeschermingsrecht voor praktische moeilijkheden zorgt. Bovendien leidt de aan dit vraagstuk inherente proportionaliteitstoets ertoe dat een gerechtvaardigd oordeel over de vaccinatiestatus eerder zeldzaam en op zichzelf nooit zaligmakend zal zijn.

De consensus

De werkgever kan de werknemer niet dwingen

1. Iedereen is het erover eens dat de werkgever zijn werknemer kan aansporen om zich te laten vaccineren, maar hem daartoe niet kan dwingen.¹

Dat betekent ten eerste dat de werkgever geen fysieke dwang kan uitoefenen. Dat spreekt voor zich. De inenting is een medische handeling, waarop de Wet Patiëntenrechten en de Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen van toepassing zijn.² De inenting gebeurt door een bevoegd beoefenaar van een gezondheidszorgberoep die – behoudens wettelijke uitzondering³ – het patiëntenrecht op geïnformeerde toestemming respecteert.⁴ Voor wie wilsbekwaam is, voorziet de wet geen uitzonderingen⁵; wie een Covid-19 vaccin onder dwang toedient, kan zich schuldig maken aan het misdrijf slagen en verwondingen.⁶

Ten tweede brengt dat met zich mee dat de werkgever geen onrechtmatige morele dwang mag uitoefenen. Dat is minder vanzelfsprekend. De invulling hiervan hangt af van hoe aanvaardbaar zijn vaccinatie-eis is (zie *infra*, II.C).⁷ Is deze eis onaanvaardbaar, dan kan het dreigen met (verregaande) gevolgen gekoppeld aan de vaccinatiestatus ingaan tegen het dwangverbod. De privaatrechtelijke criteria voor geweld kunnen daarbij een aanknopingspunt bieden.⁸ Mag de werkgever de vaccinatie daarentegen wel verwachten, dan wordt de keuzevrijheid die de werknemer overhoudt, kleiner. Zijn keuzevrijheid berust dan op het onderscheid tussen de persoon als burger en als werknemer. Als burger is hij vrij, maar als werknemer moet hij de gevolgen van zijn keuze als vrije burger dragen.⁹ Dat kan betekenen: het einde van de huidige dienstbetrekking, geen nieuwe dienstbetrekking omdat alle werkgevers een vaccin eisen, en als het weigeren van een vaccin gelijk zou staan met het weigeren van een passende dienstbetrekking, geen werkloosheidsuitkering. Aangezien hij zijn principiële keuzevrijheid behoudt, is ook dat een vorm van vrijheid, al is ze in de praktijk een illusie.

De wetgever kan de werknemer wel verplichten

2. Anders dan de werkgever kan de wetgever het vaccin wel verplichten; ook daarover bestaat consensus. Hoewel dat vooralsnog niet gebeurt is, bestaan er precedentes, niet enkel voor de brede bevolking¹⁰, maar ook voor specifieke groepen van werknemers.

In het arbeidsrecht biedt de codex Welzijn op het werk daar een basis voor. In boek VII erkent de wetgever dat vaccins een rol spelen bij de bescherming van werknemers die blootgesteld (kunnen) worden aan zogenaamde 'biologische agentia'. Dat boek is niet op elke werknemer van toepassing, maar slechts op zij die met deze biologische agentia werken (bv. in labo's) of die er door de aard van hun werk aan kunnen worden blootgesteld.¹¹ Werknemers die op het werk niet meer risico lopen op een besmetting dan elders, worden niet door boek VII gevat. Werkgevers die werknemers tewerkstellen op plekken waar ze blootgesteld (kunnen) worden aan een besmetting met Covid-19 zijn vandaag reeds van boek VII op de hoogte. SARS-CoV-2 is immers erkend als een biologisch agens van groep 3, wat voor de betrokken werkgevers nu al tot verplichtingen leidt.¹² Deze verplichtingen hebben onder meer betrekking op informatieverstrekking, opleiding en hygiënische maatregelen. Wanneer het Covid-19 vaccin breed beschikbaar zal zijn, zal de werkgever ook verplicht zijn om het aan zijn (potentieel) blootgestelde werknemers aan te bieden.¹³ Zonder een wetswijziging biedt boek VII van de codex welzijn op het werk geen rechtsgrond om weigerwerknemers niet tewerk te stellen.

3. Dat kan evenwel anders: voor twee agentia voorziet de codex in bepaalde functies in een verbod op tewerkstelling voor niet-gevaccineerde werknemers. Het gaat om tetanus voor onder meer land- en tuinbouwers en hepatitis B voor onder meer medisch personeel.¹⁴ Hoewel ook hier de werknemer vrij is om zich niet te laten vaccineren, leidt het feit dat de werkgever zo'n werknemer niet mag tewerkstellen er toe dat wie deze functies wil uitoefenen *de facto* tot vaccinatie verplicht is.

Het is dus niet ondenkbaar dat de wetgever in de toekomst een vaccinatie vereist voor werknemers die aan een SARS-CoV-2 worden blootgesteld. Hoewel dit het recht op privéleven van de werknemer beperkt, is er tegen zo'n vaccinatieplicht – gelet op het nagestreefde doel – geen bezwaar voor zover dat noodzakelijk, evenredig en pertinent is.¹⁵ Wel problematisch is een te ruime vaccinatieverplichting – bijvoorbeeld een verplichte vaccinatie van alle werknemers in alle sectoren. Als het risico op besmetting bij bepaalde werknemers niet groter is dan bij

4. Als de wetgever ervoor kiest om aan de uitoefening van bepaalde functies een vaccinatieplicht te koppelen, dan zal dit tot interessante vragen leiden over het lot van lopende arbeidsovereenkomsten en toekomstige werkloosheidsuitkeringen. Het antwoord zal afhangen van wat de wetgever hierover bepaalt en – bij ontstentenis – van hoe het weigeren van een Covid-19 vaccin maatschappelijk beoordeeld wordt in het licht van de bestaande regels. Een mogelijke weg is dat de arbeidsovereenkomst door overmacht ten einde komt¹⁶ waarna de weigerwerkneer in afwachting van een nieuwe (niet-vaccinplichtige) dienstbetrekking beroep doet op werkloosheidsuitkeringen (mits uiteraard aan alle toelaatbaarheidsvoorwaarden en toekenningsvoorwaarden is voldaan) waarbij hij in tussentijd vaccinplichtige functies kan weigeren zonder zijn uitkering te verliezen. Een terecht vraag is of dat maatschappelijk aanvaardbaar is en of de reden voor zo'n weigering (bv. religie of een gebrek aan vertrouwen in het vaccin of de overheid) daarbij een rol mag spelen.¹⁷

De discussie

5. Net door de breed gedragen vaststelling dat het vaccin (nog) niet verplicht is, ontspint zich vervolgens een discussie over de vraag of de werkgever (veelal negatieve) gevolgen kan koppelen aan de vaccinatiestatus van een (potentiële) werknemer. Aan de grondslag ligt een fundamentele discussie over de balans tussen het privéleven van de werknemer en de belangen van de werkgever, die overigens niet enkel economisch van aard zijn. De werkgever behartigt immers ook het welzijn van zijn (andere) werknemers. Deze discussie bevat drie knooppunten: de verwerking van persoonsgegevens, het anti-discriminatierecht en de te maken afweging.

De verwerking van persoonsgegevens

6. Opdat de werkgever er gevolgen aan kan koppelen, moet hij de vaccinatiestatus van zijn werknemers kennen. Hierbij komt hij in het vaarwater van het recht op privacy. De persoonlijke levenssfeer van de werknemer is niet absoluut en mag dus in de weegschaal.¹⁸ Hierbij moet worden vastgesteld dat tal van arbeidsrechtelijke bepalingen die (de gezondheidsinformatie van) de werknemer beschermen, de gewichten in de balans mee bepalen.¹⁹ Toch bevindt de grootste uitdaging zich wellicht buiten het arbeidsrecht, namelijk in het gegevensbeschermingsrecht. De vaccinatiestatus van de werknemer is immers een gezondheidsgegeven; het gaat om informatie over een verleende gezondheidsdienst die zicht geeft op de gezondheidstoestand van de werknemer.²⁰ Zonder een uitzonderingsgrond in de AVG is de verwerking van deze bijzondere categorie van persoonsgegevens verboden.²¹

De AVG bevat evenwel een reeks potentieel relevante uitzonderingsgronden.

7. Een eerste is de uitdrukkelijke en vrije toestemming van de betrokkene.²² Deze piste moet evenwel al snel weer gesloten worden. Niet enkel is een toestemming niet als vrij als er een machtsverhouding bestaat tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke (zoals tussen werkgever en werknemer het geval is). Ook mag het weigeren of intrekken van de toestemming geen nadelige gevolgen met zich meebrengen.²³

8. Ten tweede laat de AVG in een reeks van bepalingen de verwerking van gezondheidsgegevens toe als daarvoor een rechtsgrond bestaat in het EU-recht, het Belgische recht of, in arbeidsrechtelijke context, een CAO. Zo is het (met rechtsgrond) toegelaten om gezondheidsgegevens te verwerken als dat noodzakelijk is om redenen van algemeen belang op het gebied van de volksgezondheid²⁴, noodzakelijk is voor doeleinden van arbeidsgeneeskunde en voor de beoordeling van de arbeidsgeschiktheid van de werknemer²⁵ of noodzakelijk is voor de uitvoering van verplichtingen en de uitoefening van specifieke rechten van de verwerkingsverantwoordelijke of de betrokkene op het gebied van het arbeidsrecht.²⁶

Het staat buiten kijf dat het verwerken van de vaccinatiestatus van werknemers voor elk van deze doelen noodzakelijk kan zijn. De vraag is dan ook eerder of er een rechtsgrond bestaat die deze verwerking onderbouwt, en, of deze rechtsgrond voldoet aan de eisen gesteld door de AVG: dat wil zeggen duidelijk en nauwkeurig is, leidt tot een voorspelbare toepassing²⁷ en gepaard gaat met passende waarborgen voor de betrokkene.²⁸ Verwerkingen om redenen van algemeen belang op gebied van de volksgezondheid moeten bovendien gepaard met respect voor het beroepsgeheim. Ook verwerkingen om doeleinde van arbeidsgeneeskunde en de beoordeling van de arbeidsgeschiktheid moeten gebeuren met toepassing van het beroepsgeheim of een andere geheimhoudingsplicht.²⁹

Een volledige analyse van alle mogelijke rechtsgronden zou het bestek van deze bijdrage te buiten gaan. Minstens bestaat de vaststelling dat de gegevensbeschermingsautoriteit meent dat een rechtsgrond die aan bovengenoemde criteria voldoet, ontbreekt.³⁰ De meest voor de hand liggende rechtsgrond – de plicht om als goede huisvader te zorgen voor de veiligheid en gezondheid van werknemers in de Arbeidsovereenkomstenwet³¹ – is hiertoe wellicht te algemeen. Bovendien brengen specifiekere rechtsgronden die potentieel relevant kunnen zijn – bijvoorbeeld het gezondheidstoezicht bij welbepaalde risico's zoals biologische agentia³² – voorwaarden met zich mee die een werkzame oplossing bemoeilijken, zo niet onmogelijk maken. Niet enkel gebeurt de verwerking meestal door een door het beroepsgeheim gebonden preventieadviseur-arbeidsarts³³, ook moeten het principe van doelbinding (zo is discussie mogelijk over de vraag of bepaalde gevolgen die gekoppeld worden aan de vaccinatiestatus kaderen binnen een geschiktheidsonderzoek) en zo niet de regels van herbepaling worden nageleefd.³⁴

9. Tot slot – en in het kader van vaccinatie wellicht meer dan anekdotisch – mag de werkgever ook gezondheidsgegevens verwerken die de werknemer zelf kennelijk openbaar gemaakt heeft.³⁵ Wanneer de werknemer intentioneel ruchtbaarheid geeft aan zijn vaccinatiestatus – bijvoorbeeld door deelname aan een actie van antivaxers of door het moment van de prik te delen op een openbaar Instagramprofiel – dan mag de werkgever deze informatie verwerken. Een knelpunt is echter dat het principe van doelbinding blijft bestaan waardoor de werkgever de gegevens niet mag verwerken om andere redenen dan bedoeld door werknemer bij

10. Hoewel verder onderzoek naar de mogelijkheden van bestaande rechtsgronden nodig is, valt nu al op dat het verwerken van de vaccinatiestatus door de werkgever zonder wetswijziging juridisch allerminst evident is. De reden hiervoor is niet dat een verwerking niet zou passen binnen één van de door de wet genoemde doelstellingen of dat de verwerking niet noodzakelijk zou kunnen zijn, maar wel dat de gepaste juridische instrumenten voor deze (mogelijk noodzakelijke) verwerking ontbreken. Voor zover dit niet de bewuste keuze is van de wetgever, valt dat uiteraard te betreuren.

Het anti-discriminatierecht

11. Indien de werkgever ondanks het voorgaande bezwaar toch op de hoogte is van de vaccinatiestatus van zijn werknemer, dan rijst nog de vraag of het koppelen van gevolgen aan deze informatie de toets van het anti-discriminatierecht kan doorstaan. Hoewel de toets zelf contextueel is en deel uitmaakt van de afweging, is het van belang kort stil te staan bij de potentieel relevante beschermde criteria.

12. Een voor de hand liggend eerste beschermd criterium is de gezondheidstoestand van de betrokken werknemer.³⁷ In het licht van de bestaande rechtspraak is de voorliggende situatie atypisch. De werknemer is nog niet ziek (geweest), maar weigert een effectief en toegankelijk middel tegen een eventueel toekomstige ziekte. Aangestuurd door de vermeende gezondheidstoestand die hier in de toekomst uit kan voortvloeien, besluit de werkgever vervolgens om hem anders te behandelen.³⁸

Hoewel deze verschillende behandeling op grond van vaccinatiestatus niet wordt ingegeven door een ziekte, maar door het gedrag dat en de keuze die tot een ziekte aanleiding kan geven en waaraan de werkgever vervolgens gevolgen koppelt, lijkt – wellicht terecht³⁹ – niemand de toepassing van gezondheidstoestand als beschermd criterium te betwisten. De discussie richt zich vooral op de vraag of het gemaakte onderscheid te rechtvaardigen valt. Er van uitgaand dat het meestal om een direct onderscheid gaat, behoort het doel daartoe legitiem te zijn, en moeten de middelen passend en noodzakelijk zijn.⁴⁰ Zoals verderop nog zal blijken is dat een feitenkwestie, waarop het antwoord niet enkel zal afhangen van de genomen maatregel in de gegeven context, maar ook van de ruimere maatschappelijke visie op het vaccin en wie het weigert.

13. Geloof of levensbeschouwing vormt een tweede beschermd criterium dat relevant is.⁴¹ Anders dan bij gezondheidstoestand is het bij dit criterium duidelijker dat een oordeel over het gedrag en de keuze zelf aanleiding kunnen geven tot discriminatie.

Opdat dit beschermd criterium uitwerking kan vinden moet er sprake zijn van een geloof of levensbeschouwing; een louter ongeloof in de werking van vaccins of een gebrek aan vertrouwen in de overheid, zonder band met een geloof of levensbeschouwing, volstaan alvast niet. Bovendien moet de keuze van de werknemer duidelijk voortvloeien uit dat geloof of die levensbeschouwing.⁴² Over elk van deze voorwaarden zijn uitgebreide discussies mogelijk. Wat bijvoorbeeld met een werknemer die zijn keuze op het antroposofisch gedachtegoed baseert? Niet enkel moet worden erkend dat antroposofie een levensbeschouwing is. Bovendien moet vaststaan dat de keuze om zich niet te laten vaccineren logisch voortvloeit uit het antroposofisch gedachtegoed. Dit soort juridisch-ethische kwesties gaan het bestek van deze bijdrage helaas te buiten.

Een verschil in behandeling op grond van een vaccinatiestatus door de werkgever zal veelal leiden tot een indirect onderscheid op grond van geloof of levensbeschouwing. Zo'n onderscheid kan gerechtvaardigd zijn als het doel ervan legitiem is, en de gehanteerde middelen passend en noodzakelijk zijn.⁴³ Opnieuw gaat het om een contextuele beoordeling.

De afweging

14. Op dit punt aangekomen is het duidelijk dat de werkgever de werknemer niet tot vaccinatie kan verplichten, maar wel indirect druk zou kunnen uitoefenen voor zover deze druk aanvaardbaar is. Als de werkgever daarbij meer doet dan informeren en motiveren, vereist dat een legitiem doel en een grondige afweging. Zo'n legitiem doel is er: de werkgever kan verwijzen naar zijn plicht om de veiligheid en gezondheid van werknemers te beschermen, aangevuld met de plicht van de werknemer zelf om geen schade te berokkenen aan de veiligheid van zichzelf of anderen.⁴⁴ Algemeener mag de werkgever verwachten dat de werknemer zich redelijk gedraagt en de arbeidsovereenkomst te goeder trouw uitvoert.⁴⁵ Noch het recht op privéleven, noch het anti-discriminatierecht zijn bij dit alles principiële beletselen; al zal de verwerking van persoonsgegevens wel tot juridische en praktische bezwaren leiden.

De hamvraag is echter of het koppelen van gevolgen aan de vaccinatiestatus een middel is dat door dit doel geheiligd wordt. Zolang de werkgever ervoor kiest om het werk anders te organiseren zonder hiermee de arbeidsvoorwaarden op essentiële punten eenzijdig te wijzigen of te beëindigen, levert deze hamvraag wellicht weinig discussies op.⁴⁶ Wanneer de beoogde gevolgen evenwel een impact hebben op de uitvoering van de arbeidsovereenkomst zelf, dan brengt een proportionaliteitstoets raad. Om deze proportionaliteit (en vooral de noodzakelijkheid) te beoordelen, zijn twee vragen aan de orde.

15. De eerste vraag is waar de lat ligt. Wat noodzakelijk is hangt immers af van wat bereikt moet worden. In hoeverre moet de werkgever maatregelen nemen, en kan hij dus ook inspanningen van zijn werknemer verwachten? Het is immers vandaag reeds zo dat van een COVID-afdeling in een ziekenhuis andere maatregelen verwacht worden dan van een werkcontext zonder verhoogd besmettingsrisico.⁴⁷ Het antwoord schuilt m.i. in het doel van de veiligheidsplicht, die erin bestaat bescherming te bieden tegen risico's die voortvloeien uit de uitvoering van het werk.⁴⁸ Bestaat een risico in de samenleving in het algemeen (en wordt het daar ook aanvaard), dan moet de werkgever bescherming bieden tegen het surplus dat de arbeidscontext toevoegt. Wat buiten het surplus valt, valt buiten de verantwoordelijkheid (en dus ook buiten de aansprakelijkheid) van de werkgever. Een gelijkaardige redenering kan aangenomen worden t.o.v. het risico dat de werknemer betekent voor derden. Ook

systematisch omgaan met kwetsbare personen zijn op dat vlak bijvoorbeeld anders dan werknemers die geen verhoogd risico vormen voor anderen.

Het antwoord op de eerste vraag maakt het m.i. moeilijk om in functies zonder verhoogd besmettingsrisico voor de werknemer(s) of derden gevolgen te koppelen aan de vaccinatiestatus wanneer vaccinatie wettelijk niet verplicht is. Dat kan anders zijn voor functies waarin een verhoogd risico geldt – het zou logisch zijn deze groep gelijk te stellen met de groep bedoeld door boek VII van de Codex welzijn op het werk – en waar de lat dus hoger ligt. Voor hen is er een tweede vraag.

16. Deze tweede vraag is hoe de gelegde lat te bereiken valt. Hierbij geldt dat bij gelijk effect de maatregel met de minste impact gekozen moet worden. Het vaccin is slechts één van vele mogelijke maatregelen. Doordat de fysieke integriteit van de persoon in ons recht een bijzondere bescherming geniet en doordat vaccinatie raakt aan een door het discriminatierecht beschermd criterium, dient het koppelen van gevolgen aan de vaccinatiestatus zich pas aan als de lat niet op een gelijkwaardige manier bereikt kan worden. Hierbij moet niet enkel gekeken worden naar de gebruikelijke beschermingsmaatregelen, maar bijvoorbeeld ook naar het testen van de werknemer en het documenteren van zijn immuniteit. Deze laatste twee maatregelen kunnen – als we de werknemers in de tweede vraag gelijkstellen met de werknemers in boek VII van de codex – kaderen binnen het verplicht gezondheidstoezicht.⁴⁹

Het antwoord op de tweede vraag heeft twee gevolgen. Ten eerste zal de vaccinatiestatus van de werkgever die openstaat voor alternatieven, wellicht geen beletsel vormen. Ten tweede zullen eventuele gevolgen die gekoppeld worden aan de vaccinatiestatus, nooit te wijten zijn van een vaccinweigering alleen. Het is de combinatie van het weigeren van het vaccin én de houding van de werknemer tegenover gelijkwaardige alternatieven die tot gevolgen zullen leiden.

17. Het antwoord op de eerste en de tweede vraag, leidt ertoe dat zonder wetswijziging, de vraag naar welke (verregaande) gevolgen aan de vaccinatiestatus alleen gekoppeld mogen worden, (bijna) theoretisch wordt.

Wie vaccinatiestatus *als doel* voorop schuift, botst immers met de klassieke grondrechtentoets. Daarbij staat het legaliteitsbeginsel voorop; een verregaande grondrechtenbeperking vereist een duidelijke wettelijke basis. Voor het koppelen van gevolgen aan de vaccinatiestatus is die er niet. Meer zelfs; doordat de wetgever *andere* vaccins verplicht stelt, en hij voor het COVID-vaccin nalaat dat te doen, volgt *m.i.* dat de wetgever de werkgever op dit punt geen enkele ruimte geeft.

Vaccinatiestatus *als een middel kan* relevant zijn binnen een ruimer plaatje waar wel een wettelijke basis voor bestaat: de plicht om de werknemer en derden veiligheid te bieden. Beperkingen aan de vrijheid van de werknemer zijn vanuit dat perspectief legitiem, maar moeten binnen de grenzen van de proportionaliteit blijven. De omvang van deze proportionaliteit – en in het bijzonder het aspect noodzakelijkheid – wordt bepaald door waar de lat ligt en hoe de lat bereikt kan worden. Het doel heiligt niet alle middelen: vaccinatiestatus mag in functies zonder verhoogd risico m.i. geen rol spelen; ook zijn er in functies waarin vaccinatiestatus wel een rol zou kunnen spelen, gelijkwaardige en minder verregaande alternatieven.

18. Hierdoor wordt voor deze de focus verlegd. De vraag is niet langer of de vaccinatiestatus tot gevolgen kan leiden, maar wel of de vaccinatiestatus mee in overweging genomen mag worden bij een oordeel over de houding van de werknemer.

Twee situaties moeten daarbij m.i. worden onderscheiden.

De eerste is die waarin de werknemer in zo'n functie niet enkel het vaccin, maar ook andere redelijke (en soms zelfs wettelijk opgelegde) maatregelen weigert. In zo'n geval staat reeds vast dat de werkgever hieraan gevolgen kan koppelen, tot ontslag om dringende redenen toe.⁵⁰ De proportionaliteit van de reactie volgt daarbij niet uit de vaccinatiestatus alleen.

De tweede situatie is die waarin de werknemer in zo'n functie zich aan alle gangbare en wettelijk opgelegde maatregelen houdt, maar het vaccin weigert. Of de werkgever hieraan eenzijdig gevolgen mag koppelen is vanuit grondrechtenperspectief betwifelbaar. Minstens kan er bij gebrek aan wettelijke plicht nooit sprake zijn van een ernstige tekortkoming die een ontslag om dringende redenen rechtvaardigt. Echter, ook de uitsluiting bij aanwerving, de eenzijdige wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden of een eventuele verbreking bevinden zich in een donkergrijze zone.⁵¹ Met de regels over de verplichte biologische agentia heeft de wetgever immers de grenzen van wat hij proportioneel vindt, uitgetekend: slechts bepaalde inentingingen zijn verplicht en kunnen tot gevolgen aanleiding geven. Wanneer de werkgever de werknemer, die zich aan alle overige maatregelen houdt, onder druk zet, verlegt hij deze grenzen. Gezien de bescherming van de fysieke integriteit in ons recht, gaat dat de appreciatiebevoegdheid van de werkgever m.i. te buiten.

Besluit

19. De vraag om gevolgen te koppelen aan de vaccinatiestatus ligt voor de hand; het antwoord doet dat minder. Het is niet zo dat de werkgever geen handelingsruimte heeft; binnen de grenzen van de geldende arbeidsrechtelijke normen is de ruimte om afwegingen op grond van vaccinatiestatus er theoretisch wel. Deze theoretische handelingsruimte wordt echter op tweeërlei wijze doorkruist.

Ten eerste door het gegevensbeschermingsrecht; Een oordeel over de gezondheid van de werknemer en het verwerken van informatie over zijn gezondheid zijn traditioneel een hachelijke kwestie. Zonder aangepast juridisch kader staat de werkgever die met de vaccinatiestatus aan de slag wil voor een juridisch moeilijke uitdaging.

preventiemaatregelen niet vervangen⁵². Ten tweede kan en moet de werkgever geen honderd-procent-bescherming garanderen. Niet alleen doet hij dat ook voor andere infectieziekten niet; ook zou hij de individuele vrijheid daarmee verder beknotten dan de wetgever wil en toelaat. Het vaccin mag in de samenleving dan wel een *gamechanger* zijn, op individueel vlak beschouwt de wetgever het voorlopig als een eigen keuze. Wanneer de werkgever zich in deze keuze mengt, moet deze inmenging noodzakelijk en evenredig zijn. Het koppelen van gevolgen aan de vaccinatiestatus kan daarom slechts als (1) een verregaande bescherming in een bepaalde functie onontbeerlijk is, (2) andere, minder verregaande maatregelen niet volstaan, en (3) voor het minst verregaande alternatief gekozen wordt. Door deze strenge toets die voortkomt uit de bescherming van de fysieke integriteit, het anti-discriminatierecht en reeds bestaande alternatieven, zal een gerechtvaardigd onderscheid op basis van vaccinatiestatus eerder zeldzaam en op zichzelf nooit zaligmakend zijn.

1. Zie o.m. interview met E. DE RYCK in D. SELLESLAGH, "Kan uw werkgever u dwingen tot vaccinatie?", *De Tijd* 4 februari 2021; L. VERMEULEN & S. RENETTE, "Kan de werkgever vaccinatie verplichten?", *Trends*, maart 2021, <https://trends.knack.be/economie/bedrijven/kan-de-werkgever-vaccinatie-verplichten/article-opinion-1709719.html>; FOD WERKGELEGENHEID, ARBEID EN SOCIAAL OVERLEG, *Vragen en antwoorden tijdens de Coronacrisis*, <https://werk.belgie.be/nl/faqs/vragen-en-antwoorden-coronavirus> (bezoekt: 16 maart 2021).
2. Wet 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt, 85 22 augustus 2002; Gecoördineerde wet van 10 mei 2015 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen, 85 18 juni 2015.
3. Cass. 18 december 2013, *Arr. Cass.* 2013, 2806.
4. Art 8, §1 Wet betreffende de rechten van de patiënt, 85 22 augustus 2002.
5. Zie over inenting van wilsonbekwame minderjarigen tegen de wil van hun ouders Wetsontwerp betreffende de rechten van de patiënt, *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1642/001, 46.
6. Art. 398 Strafwetboek; Zie in detail T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 358-362.
7. Zie de criteria voor drang in T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 407-411.
8. Art. 1111 BW.
9. Deze redenering wordt bijvoorbeeld gebruikt door L. VERMEULEN & S. RENETTE, "Kan de werkgever vaccinatie verplichten?", *Trends*, maart 2021, <https://trends.knack.be/economie/bedrijven/kan-de-werkgever-vaccinatie-verplichten/article-opinion-1709719.html>.
10. Het polio vaccin is in België algemeen verplicht. Zie art. 1 KB 26 oktober 1966 waarbij de inenting tegen poliomyelitis verplicht gesteld wordt, 85 6 december 2013; over de rechtmatigheid van deze vaccinatie-eis zie Cass. 18 december 2013, *Arr. Cass.* 2013, 2806 en Gent 20 maart 1996, *RW* 1996-97, 1257; *Corr. Limburg (afd. Tongeren)* 11 juni 2014, *Limb.Rechtsl.* 2015, 42.
11. Art. VII, 1-1 en VII, 1-18 Codex 28 april 2017 over het welzijn op het werk, 85 2 juni 2017; V. VERVLIET, "De rol van de arbeidsarts tijdens de Corona-pandemie: zijn nieuwe taken inzake contactopsporing, quarantaine en testen en de impact daarvan op het gezondheidstoezicht", K. REYNIERS en A. VANREGENMORTEL, *Covid-19 en welzijn op het werk*, Brugge, die Keure, 2021, 43.
12. Art. VII, 1-3, eerste lid, 3^e en bijlage VII.1-1 Codex 28 april 2017 over het welzijn op het werk, 85 2 juni 2017; Richtlijn (EU) 2020/739 van de Commissie van 3 juni 2020 tot wijziging van bijlage III bij Richtlijn 2000/54/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de opnemings van SARS-CoV-2 in de lijst van biologische agentia waarvan bekend is dat zij bij de mens infectieziekten kunnen verwekken, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1833 van de Commissie, *P.B.L* 4 juni 2020, afl. L 175/11.
13. Art. VII, 1-51 en VII, 1-52 Codex 28 april 2017 over het welzijn op het werk, 85 2 juni 2017.
14. Art. VII, 1-64 - art. VII, 1-68, art. VII, 1-71 - 1-74 en Bijlage VII, 1-6 Codex 28 april 2017 over het welzijn op het werk, 85 2 juni 2017. Ook voor Tuberculose bestaan specifieke verplichtingen inzake testing. Zie daarover Art. VII, 1-69 en art. VII, 1-70.
15. Voor een toepassing zie EHRM 15 maart 2012, nr. 24429/03, Solomakhin/Oekraïne, §33-39; Voor een toepassing op polio in België zie Cass. 18 december 2013, *Arr. Cass.* 2013, 2806 en Cass. 1 oktober 1997, *Arr. Cass.* 1997, 876.
16. Vergelijk met Arbh. Brussel (4e k.) nr. 2016/AB/181, 31 juli 2018, *JTT* 2018, afl. 1315, 330.
17. Voor de (niet limitatieve) criteria van passende dienstbetrekking en de gevolgen zie art. 56, § 1 KB 25 november 1991 houdende de werkloosheidsreglementering, 85 31 december 1991 en art. 22-32^{quater} MB 29 november 1991, 85 25 januari 1992; verschillende precare redeneringen zijn inzake mogelijk. Zo kan het een aspect van medische geschiktheid vormen of kan hij zich beroepen op zijn persoonlijke religieuze of levensbeschouwelijke overtuigingen (bv. Arbh. Antwerpen 3 juni 2004, *T.Vreemd.* 2004, 350) of zelfs zijn persoonlijk filosofische overtuigingen (bv. Arbhb. Hoei 20 december 1978, *JTT* 1979, 358 i.k.v. ecologische overtuigingen).
18. Zie hierover ook F. HENDRICKX, S. TAES en M. WOUTERS, Corona en het arbeidsrecht: een Q&A, *Arbeidsrechtjournaal* 2020, <https://arbeidsrechtjournaal.be/corona-en-het-arbeidsrecht-een-qa/>, §14 en toepassingen in de daaropvolgende §§.
19. Zie bv. i.v.m. medische onderzoeken bij werving en selectie, P. PECINOVSKY, "Werving, selectie en arbeidsbemiddeling", in F. HENDRICKX en C. ENGELS, *Arbeidsrecht Deel I*, Brugge, die Keure, 2020, 271-275.
20. Art 4, lid 1, §15 Verord. (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtl. 95/46/EG, *P.B.L* 4 mei 2016, afl. L 119/1 (hierna: AVG); GEGEVENSBEWAKINGS-AUTORITEIT, *Verwerking van persoonsgegevens i.v.m. vaccinatie in het kader van de strijd tegen COVID-19*, update van 29 januari 2021, <https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/burger/thema-s/covid-19/vaccinatie>.
21. Artikel 9 AVG; Zie over het precare karakter van deze kwestie ook de discussie over de administratieve afhandeling van klein verlet bij vaccinatie in NATIONALE ARBEIDSRaad, *Advies over de Invoering van omstandigheidsverlof voor vaccinatie tegen het coronavirus COVID-19*, 5 februari 2021, nr. 2.199.
22. Artikel 9, 2, lid 1, a AVG.
23. W. VAN LOON en I. VERHELST, "De verwerking van gezondheidsgegevens; waar moeten werkgevers rekening mee houden", *Oriëntatie* 2020, 224; Overweging 43 AVG; GEGEVENSBEWAKINGS-AUTORITEIT, *Verwerking van persoonsgegevens i.v.m. vaccinatie in het kader van de strijd tegen COVID-19*, update van 29 januari 2021, <https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/burger/thema-s/covid-19/vaccinatie>.
24. Art. 9, 2, lid 1, h AVG.
25. Art. 9, 2, lid 1, i AVG.
26. Art. 9, 2, lid 1, b AVG.
27. Overweging 41 AVG.
28. GEGEVENSBEWAKINGS-AUTORITEIT, *Verwerking van persoonsgegevens i.v.m. vaccinatie in het kader van de strijd tegen COVID-19*, update van 29 januari 2021, <https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/burger/thema-s/covid-19/vaccinatie>.
29. Art. 9, 2, lid 1, i en art. 9, 2, lid 1, h³ art. 9, 3 AVG.
30. GEGEVENSBEWAKINGS-AUTORITEIT, *Verwerking van persoonsgegevens i.v.m. vaccinatie in het kader van de strijd tegen COVID-19*, update van 29 januari 2021, <https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/burger/thema-s/covid-19/vaccinatie>.
31. Art. 20, 2^e Wet 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, 85 22 augustus 1978.
32. Art. I, 4-1, § 2, 3^e, a Codex 28 april 2017 over het welzijn op het werk, 85 2 juni 2017.
33. Art. I, 4-23 Codex 28 april 2017 over het welzijn op het werk, 85 2 juni 2017.
34. Zie hierover A. FOCQUET en E. DECLERCK, *Gegevensbescherming in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 17-24; C.SUFFYS en P. VAN EECHE, "Herbestemming van verzamelde persoonsgegevens voor andere doeleinden", in N. RAGHENO, *Data protection and privacy*, Limal, Anthemis, 2017, 61-74; Merk op dat een vraag naar herbestemming zich bv. ook kan voordoen voor de gegevens geregistreerd in het klein verlet voor vaccinatie. De mogelijkheid van herbestemming wordt evenwel afgewezen door de NAR in NATIONALE ARBEIDSRaad, *Advies over de Invoering van omstandigheidsverlof voor vaccinatie tegen het coronavirus COVID-19*, 5 februari 2021, nr. 2.199, p. 6.
35. Art. 9, 2, lid 1, b AVG.
36. D. DE BOT, *De toepassing van de Algemene Verordening Gegevensbescherming in de Belgische context. Commentaar op de AVG, de Gegevensbeschermingswet en de Wet Gegevensbeschermingsautoriteit*, Mechelen, Kluwer, 2020, 547.
37. Art. 3 Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, 85 30 mei 2007.
38. F. HENDRICKX, A. RAHME, O. VANACHTER, A. VAN BEVER, *Discriminatie op basis van handicap en gezondheidstoestand in de arbeidsverhouding*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 71.
39. Voor meer over keuzes met betrekking tot de gezondheidstoestand zie M. VANHEGEN, *Arbeidsongeschiktheid en re-integratie in het arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 21-22; A. MAES, "Lichtzinnig omspringen met zwaarwichtige problematiek: discriminatie van sollicitant met morbide obesitas. Commentaar op Arbh. Luik 12 oktober 2017", *Soc. Kron.* 2018, afl. 5, 173.
40. Art. 8, §1 Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, 85 30 mei 2007.
41. Art. 3 Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, 85 30 mei 2007.
42. Zie in detail L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0*, Morselt, Intersentia, 2020, 93-101.
43. Art. 9, tweede lid Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, 85 30 mei 2007.
44. Art. 20, 2^e en 17, 4^e Wet 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, 85 22 augustus 1978.
45. Art. 1134 BW; Zie in detail: A. VAN BEVER, *Open normen en het arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 393-680.

47. Zie wat deze laatste betreft de X. *Veilig werken. Generieke gids om de verspreiding van COVID-19 op het werk tegen te gaan* (Versie 3.1), Brussel, 2020; zie ook V. VERVLIET, "De generieke gids veilig aan het werk", in K. REYNIERS en A. VANREGENMORTEL (eds.), *Covid-19 en welzijn op het werk*, Brugge, die Keure, 2021, 71-91. ↩
48. Art 4, § 1 Wet 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, BS 18 september 1996. ↩
49. Zie specifiek art. VII.1-44 Codex 28 april 2017 over het welzijn op het werk, BS 2 juni 2017. Zie wat dat betreft ook I. VAN PUYVELDE, "COVID-19 en welzijn op het werk. De Actoren op ondernemingsniveau", in K. REYNIERS en A. VANREGENMORTEL (eds.), *Covid-19 en welzijn op het werk*, Brugge, die Keure, 2021, 43; zie eveneens FOD WERKGELEGENHEID, ARBEID EN SOCIAAL OVERLEG, *Vragen en antwoorden tijdens de Coronacrisis*, <https://werk.belgie.be/nl/faqs/vragen-en-antwoorden-coronavirus> (bezocht: 16 maart 2021). ↩
50. L. VANDENHOLT, "Werknemer weigert mondkapje te dragen: is ontslag om dringende reden gerechtvaardigd", *Legal News* 26 november 2020, <https://legalnews.be/ondernemingsrecht/sociaal-recht/werknemer-weigert-mondmasker-te-dragen-is-een-ontslag-om-dringende-reden-gerechtvaardigd-argus-advocaten/> over Arbrb. Antwerpen, afdeling Hasselt, 8 juli 2020, niet gepubliceerd. ↩
51. Zie wat dat betreft in Nederland; J.C.J. Dute, "Juridische aspecten van hepatitis B in zorginstellingen", *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2001, <https://doi.org/10.1007/BF03055874>. ↩
52. Zie wat dat betreft ook art. VII, 1-54 Codex 28 april 2017 over het welzijn op het werk, BS 2 juni 2017, die dat expliciet stelt voor (verplichte) inentingen. ↩