

Pure-AMC

Vaccineren van zorgmedewerkers

Simons, Rogier C.; Hendriks, Aart

Published in:
Tijdschrift voor Recht en Religie

Published: 14/12/2022

Citation for pulished version (APA):
Simons, R. C., & Hendriks, A. (2022). Vaccineren van zorgmedewerkers: - gezondheidsrechtelijke en grondrechtelijke aspecten. *Tijdschrift voor Recht en Religie*, 2022(2), 133-1571. Article 2022-2.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Vaccineren van zorgmedewerkers – gezondheidsrechtelijke & grondrechtelijke aspecten

Rogier Simons

Aart Hendriks*

I. Inleiding

Covid-19 heeft Nederland bijna twee jaar in zijn greep gehad. Inmiddels heeft de overheid vrijwel alle coronamaatregelen opgeheven. Niet duidelijk is of dat laatste voor lange tijd zal zijn. De huidige minister van Volksgezondheid Welzijn en Sport (VWS) sluit niet uit dat er in de toekomst een nieuwe lockdown komt.¹ Of dat gebeurt, is mede afhankelijk van het aantal mensen dat zich tegen covid-19 laat vaccineren. Dat aantal is momenteel relatief laag.² Dat geldt eveneens voor zorgmedewerkers. Zo kwam van alle werknemers in de zorgsector slechts 61 procent opdagen voor de boostervaccinatie; dit in tegenstelling tot 83 procent voor de eerste vaccinatieronde.³ Een hoge vaccinatiegraad onder zorgpersoneel is echter van groot belang.⁴ Dit geldt niet alleen voor covid-19, maar ook voor andere infectieziekten, zoals influenza en hepatitis B.⁵ Onderzoek toont aan dat zorgpersoneel, ondanks het dragen van beschermende kleding, vaak een hoger risico heeft om een infectieziekte, zoals covid-

* DOI 10.7590/ntkr_2022_009

Mr. R.C. Simons is promovendus bij het Amsterdam UMC (Faculteit der Geneeskunde) en doet onderzoek naar de gezondheidsrechtelijke aspecten van vaccinatie. Prof. mr. A.C. Hendriks is Hoogleraar Gezondheidsrecht aan de Universiteit Leiden (Faculteit der Rechtsgeleerdheid), afdeling staats- en bestuursrecht.

Een dankwoord gaat uit naar het waardevolle commentaar van prof. dr. J. (Johan) Legemaate en prof. mr. M.C. (Corrette) Ploem op een eerdere versie van dit artikel.

De ontwikkelingen in deze bijdrage zijn bijgewerkt tot en met 31 augustus 2022, met latere ontwikkelingen is incidenteel rekening gehouden.

¹ 'Minister Kuipers kan nieuwe lockdown niet uitsluiten, afhankelijk van varianten', *RTL nieuws* 17 juni 2022.

² S. Wouda, 'Veel zorgpersoneel en zestigplussers laten zich niet opnieuw vaccineren. Is dat erg?', *Trouw* 29 juni 2022.

³ RIVM, *COVID-19 vaccinatieopkomst van werknemers naar bedrijfsklasse, met bijzondere aandacht voor de zorgsector*, Bilthoven 29 juni 22, p. 1-2.

⁴ K. Hagan e.a., 'COVID-19 vaccine mandate for healthcare workers in the United States: a social justice policy', *Expert Review of Vaccines* (21) 2022, afl. 1, p. 38.

⁵ V. Batra e.a., 'Hepatitis B Immunization in healthcare workers', *Annals of Gastroenterology* (28) 2015, afl. 2, p. 276-280; A.L. Ottenberg e.a., 'Vaccinating health care workers against influenza: the ethical and legal rationale for a mandate', *American Journal of Public Health* (101) 2011, p. 212-126.

19, op de werkvloer op te lopen.⁶ Als gevolg hiervan heeft geïnfecteerd zorgpersoneel niet alleen het risico om zelf uit te vallen en daarmee bij te dragen aan arbeidskrapte, maar vormt deze groep ook een risico voor de (kwetsbare) mensen waarmee zij kunnen werken.⁷ Dit roept de vraag op of het vaccineren van zorgmedewerkers zo nodig verplicht moet en kan worden opgelegd en, zo ja, of er voor bepaalde groepen een uitzondering kan worden gemaakt.

In deze bijdrage gaan wij in op de gezondheids- en grondrechtelijke aspecten van een vaccinatieplicht, toegespitst op zorgpersoneel met (religieuze) gewetensbezwaren. Deze analyse focust zich op de situatie in Nederland. Omdat deze discussie ook elders wordt gevoerd, kijken we daarbij ook naar de ontwikkelingen in het buitenland. In paragraaf 2 bespreken we recente uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: 'EHRM' of 'Hof') en het Amerikaanse Hooggerechtshof, een gerechtshof dat zich reeds specifiek boog over de thematiek van deze bijdrage. In paragraaf 3 bezien we de balans tussen vaccinatie als overheidstaak en de plicht andere grondrechten te beschermen. Wij staan in deze paragraaf tevens stil bij de penibele positie van de (religieuze) gewetensbezwaarde zorgmedewerker in het vaccinatiedebat. In paragraaf 4 bespreken we in hoofdlijnen het (wettelijke) vaccinatiebeleid van drie buurlanden van Nederland: Duitsland, België en het Verenigd Koninkrijk (meer in het bijzonder Engeland). Hierbij gaan we meer specifiek in op de invloed die covid-19 heeft gehad op het vaccinatiebeleid voor zorgpersoneel en hoe om wordt gegaan met (religieuze) gewetensbezwaren. In paragraaf 5 behandelen wij de juridische mogelijkheden voor het opleggen van een vaccinatieplicht door een zorginstelling (als werkgever), waarbij zowel publiek- als privaatrechtelijke aspecten worden besproken. Paragraaf 6 bevat een slotbeschouwing, gevolgd door een antwoord op de hoofdvraag. Ondanks de omstandigheid dat in deze bijdrage de focus ligt op vaccineren tegen Covid-19, beperkt de discussie omtrent vaccineren zich niet tot deze infectieziekte. Ook bij andere infectieziekten, nu en in de toekomst, doet zich de vraag voor of er een vaccinatieplicht moet komen. Op enkele plekken hieronder verwijzen we daar ook naar.

⁶ K.M. Braun e.a., 'Viral sequencing reveals US healthcare personnel rarely become infected with SARS-CoV-2 through patient contact', *Clinical Infectious Diseases* (73) 2021, p. e1329-e1336.

⁷ A.S.V. Shah e.a., 'Effect of Vaccination on Transmission of SARS-CoV-2', *New England Journal of Medicine* 2021; 385, p. 1718-1720.

2. EHRM en Hoogerechtshof (VS) over vaccinatieplicht en (religieuze) gewetensbezwaren

Het EHRM (de zaak *Vavříčka*⁸) en het Amerikaanse Hoogerechtshof (de zaak *Does/Mills*⁹) hebben recent uitspraak gedaan over een vaccinatieplicht in relatie tot het recht van personen een vaccinatie te weigeren wegens (religieuze) gewetensbezwaren. Hoewel de zaak *Vavříčka* weliswaar relevant is voor de interpretatie van grondrechten uit het EVRM in relatie tot het onderwerp van verplichte vaccinatie, beperkt deze zaak tot de verplichte vaccinatie van kinderen tegen (bekende) kinderziekten. Dit in tegenstelling tot de zaak van Amerikaans Hoogerechtshof, alwaar de rechtbank zich heeft gebogen over het onderwerp van verplichte covid-19 vaccinatie voor zorgpersoneel.

2.1. Vavříčka e.a./Tsjechië

Op 18 december 2003 legt het Tsjechische *hygienická stanice* (centrum voor ziektepreventie en -controle) een boete op van (omgerekend) 110 euro aan Vavříčka, vader van een 12-jarig en 14-jarig kind. De boete volgt omdat Vavříčka zijn kinderen niet had laten vaccineren tegen een aantal infectieziekten, waaronder poliomyelitis, hepatitis B en tetanus. Vavříčka vecht de boete aan en stelt dat het boetebesluit een schending oplevert van diverse verdragsrechten, waaronder de vrijheid van religieuze en filosofische levensopvattingen.¹⁰ De hoogste bestuursrechter verklaart de gronden van Vavříčka in laatste instantie ongegrond. Volgens de rechter kan er in geval van uitzonderlijke redenen inbreuk worden gemaakt op de levensopvattingen van burgers. De stelling van klager dat de overheid die grenzen had overtreden was volgens de rechter onvoldoende onderbouwd.¹¹ Hierop wendt Vavříčka zich tot het Hof in Straatsburg. Een vijftal klagers voegt zich in deze zaak.

Het EHRM toetst de vaccinatieplicht met name aan artikel 8 EVRM (het recht op privéleven). Een inbreuk op dit recht kan volgens het tweede lid van artikel 8 EVRM gerechtvaardigd worden indien deze voorzien is bij wet, een legitiem doel dient en noodzakelijk is in een democratische samenleving. Bij de beoordeling van dit laatste vereiste expliciteert het EHRM allereerst dat verdragsstaten een grote appreciatiemarge (of: discretionaire bevoegdheid) toekomt als het gaat om de formulering van gezondheidsbeleid, waaronder vaccinatiebeleid.¹² Het Hof besteedt bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van de vaccinatieplicht echter met name aandacht aan de proportionaliteit hiervan.

⁸ EHRM (GK) 8 april 2021, (CG), nr. 47621/13 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

⁹ U.S. 29 okt. 2021, No. 21A90, 2021 WL 5027177 (*Does 1-3/Mills*).

¹⁰ EHRM (GK) 8 april 2021, (CG), nr. 47621/13, r.o. 23-24 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

¹¹ Idem, r.o. 25-30.

¹² Idem, r.o. 274-280.

Het Hof noemt verschillende factoren om de proportionaliteit van de vaccinatieplicht aan te toetsen, zoals de veiligheid en effectiviteit van vaccins, de zwaarte van de sanctie(s) bij vaccinatieweigering, het bestaan van een compensatiesysteem voor schade door vaccinatie en het bestaan van uitzondering(en) op de plicht – het Hof laat zich echter niet uit inhoudelijk uit over uit te zonderen groep(en).¹³ In het bijzonder draagt de vaccinatieplicht volgens het Hof bij aan ‘sociale solidariteit’, omdat de plicht tot doel heeft eenieder in de maatschappij te beschermen, waarbij in het bijzonder kwetsbare groepen in de samenleving aandacht verdienen.¹⁴ Alles bij elkaar genomen, komt het Hof dan ook tot de conclusie geen sprake is van een (ongerechtvaardigde) inbreuk op artikel 8 EVRM.¹⁵ In het kader van deze bijdrage is het met name interessant te kijken hoe het Hof de klacht toetst aan artikel 9 EVRM – het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst. *Vavrička* onderbouwt zijn beroep op artikel 9 EVRM door de stellen dat hij de gezondheid van zijn kinderen wil beschermen omdat hij ervan is overtuigd dat vaccinatie schade aanricht. Hij stelt voorts dat vaccinatie van zijn kinderen in strijd is met zijn geweten.¹⁶ Het Hof overweegt dat deze bezwaren – hoewel kritisch – niet religieus van aard zijn, zodat niet het recht op vrijheid van religie, maar het recht op vrijheid van gedachten en geweten in het geding is. Hierbij verwijst het Hof naar de zaak *Boffa*. Hierin bepaalde de voorganger van het EHRM dat de bescherming van artikel 9 EVRM, voor zover het gaat om persoonlijke overtuigingen, niet zo ver reikt dat deze elke handeling beschermt die wordt gemotiveerd of beïnvloed door een individuele overtuiging.¹⁷ In de zaak *Vavrička* verwijst het Hof voorts naar een eerdere zaak aangaande een gewetensbezwaarde militair, *Bayatyan*. Daarin oordeelde het EHRM dat een overtuiging of geloof van voldoende overtuigingskracht, ernst, samenhang en dwingendheid moet zijn om te kunnen worden aangemerkt als beschermde overtuiging of geloof.¹⁸ Dat was in de zaak *Vavrička* niet het geval. Bovendien herhaalt het Hof het in de zaak *Pretty* geformuleerde standpunt dat niet alle persoonlijke opvattingen of overtuigingen, ongeacht de vastberadenheid van klager, onder de bescherming van artikel 9 EVRM vallen.¹⁹ Daarom verklaart het Hof de klachten wegens vermeende schending van artikel 9 EVRM ongegrond. In het kader van deze bijdrage benadrukken wij hierbij dat het EHRM zich over een vaccinatieplicht voor zorgpersoneel nog niet (inhoudelijk)

¹³ Idem, r.o. 290-309.

¹⁴ Idem, r.o. 279 en r.o. 306. Zie voor een recenter voorbeeld van het begrip ‘sociale solidariteit’ EHRM 19 mei 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0426DEC000144319, *EHRC 2022/144 (De Kok/Nederland)*.

¹⁵ Idem, r.o. 310-312.

¹⁶ Idem, r.o. 321.

¹⁷ ECieRM 15 januari 1998, nr. 26536/95, p. 27-28 (*Boffa e.a./San Marino*).

¹⁸ EHRM (GK) 7 juli 2011, nr. 23459/03, r.o. 110 (*Bayatyan/Armenië*). Zie ook de soortgelijke Nederlandse *Pastafari*-uitspraak: ABRvS 15 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2715.

¹⁹ EHRM (GK) 8 april 2021, nr. 47621/13, r.o. 333 (*Vavrička e.a./Tsjechië*).

heeft uitgelaten.²⁰ Wel volgt uit de zaak *Vavříčka* dat het Hof een vaccinatieplicht – voor bekende kinderziekten – in overeenstemming acht met artikel 8 EVRM. Met betrekking tot artikel 9 EVRM zet het Hof de lijn van de zaak *Bayatyan*, dat niet iedere overtuiging of geloof een daadwerkelijke overtuiging of geloof vormt volgens dit artikel, voort.

2.2. *Does/Mills*

Op 12 augustus 2021 kondigen gezondheidsinstanties voor ziektecontrole en -preventie van de Amerikaanse staat Maine ('Maine HHS' en 'Maine CDC'), bij monde van gouverneur Mills, een noodregeling aan. Dit zorgt ervoor dat covid-19 wordt toegevoegd aan de lijst met infectieziekten waartegen zorgpersoneel vóór 1 oktober 2021 verplicht gevaccineerd moet zijn.²¹ Uitzonderingen op de vaccinatieplicht bestaan er voor zorgmedewerkers voor wie er een medische contra-indicatie bestaat. Alternatieve maatregelen, zoals (twee)wekelijks testen, dagelijks testen, vaccinatievrijstellingen voor herstelden of het dragen van beschermende kleding, zijn volgens Maine CDC bij covid-19 onvoldoende effectief. Volgens Mills is de vaccinatieplicht nodig omdat hiermee niet alleen de gezondheid van het zorgpersoneel zelf wordt beschermd, maar ook die van de (meest kwetsbare) patiënten. Bovendien raakt de gezondheidszorg aldus niet overbelast.²² Een groep van negen bewust ongevaccineerde zorgmedewerkers – waarvan een enkeling stelt reeds te zijn ontslagen – verzoekt de rechtbank van Maine om een (voorlopige) voorziening ter voorkoming dat de vaccinatieplicht voor covid-19 in werking treedt.²³ De zorgmedewerkers beroepen zich op schendingen van hun constitutionele rechten²⁴ omdat de vaccinatieplicht geen uitzondering omvat voor religieus bezwaarden.²⁵

²⁰ In september 2021 heeft het EHRM twee Griekse zaken behandeld waarin 30 zorgmedewerkers (zowel werkzaam in de publieke als de private gezondheidssector) het EHRM vragen om art. 206 van Wet nr. 4820/2021, waarin verplichte vaccinatie tegen covid-19 voor Grieks zorgpersoneel is geregeld, te annuleren middels een voorlopige maatregel. Het EHRM heeft de verzoeken echter afgewezen op grond van het feit dat de verzoeken buiten het toepassingsgebied van artikel 39 (voorlopige maatregelen) van het procesreglement van het EHRM vielen. Zie: EHRM 9 september 2021, nr. 43375/21 (*Kakaletri e.a./Griekenland*) en EHRM 9 september 2021, nr. 43910/21 (*Theofanopoulou e.a./Griekenland*).

²¹ Immunization Requirements for Healthcare Workers, 10-144-264 Me. Code R. (2021), §§ 1-7.

²² Zie voor volledige tekst aankondiging vaccinatieplicht zorgpersoneel: [maine.gov/governor/mills/news/mills-administration-requires-health-care-workers-be-fully-vaccinated-against-covid-19-october](https://www.maine.gov/governor/mills/news/mills-administration-requires-health-care-workers-be-fully-vaccinated-against-covid-19-october).

²³ Zie m.n. Complaint § 50-74, *Does 1-6 v. Mills*, No. 1:21-CV-00242-JDL, 2021 (D. Me. Aug. 25, 2021).

²⁴ De zorgmedewerkers beroepen zich op: (A) the Free Exercise Clause of the First Amendment; (B) Title VII, 42 U.S.C.A. § 2000e to e-17 (West 2021); (C) the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment; (D) a claim of Conspiracy in violation of 42 U.S.C.A. § 1985 (West 2021); and (E) the Supremacy Clause.

²⁵ D. Me. 13 okt. 2021, No. 1:21-CV-00242-JDL, 2021 WL 4783626, p. 1 (*Does 1-6/Mills*).

De rechtbank gaat allereerst in op de dynamische historie van de vaccinatieplicht voor zorgpersoneel in Maine.²⁶ Zo kan zorgpersoneel in Maine al sinds 1989 verplicht worden tot vaccinatie voor bepaalde infectieziekten, zoals roedehond en mazelen. Hoewel de vaccinatieplicht in de daaropvolgende jaren uitzonderingen kende voor zorgpersoneel met (religieuze) gewetensbezwaren, werden deze in mei 2019 opgeheven vanwege een dalende vaccinatiegraad in Maine. Sindsdien bestaat slechts een uitzondering voor de vaccinatieplicht voor mensen met een medische contra-indicatie. Vervolgens gaat de rechtbank in op de constitutionnalité van de regeling, waarbij het beroep op de ‘Free Exercise Clause’²⁷ – welke de religieuze vrijheid van burgers tegen overheidsingrijpen beschermt – uitvoerig besproken wordt. De rechtbank oordeelt uiteindelijk dat de vaccinatieplicht het zorgpersoneel, ondanks hun religieuze bezwaren, niet belemmert in het praktiseren van het geloof en stelt klagers in het ongelijk. Het hoger beroep bij de ‘Court of Appeals For the First Circuit’ (hierna: gerechtshof) is evenmin succesvol voor de zorgmedewerkers, nu het gerechtshof tot dezelfde conclusie komt.²⁸

Op 29 oktober 2021 bepaalt het Amerikaans Hooggerechtshof met een 6-3 meerderheid dat de vaccinatieplicht voor Maine’s zorgpersoneel in stand mag blijven.²⁹ Hoewel het Hooggerechtshof een covid-19-vaccinatieplicht reeds in twee eerdere zaken in stand heeft gelaten, is het voor eerst dat het Hooggerechtshof zich uitlaat over religieuze bezwaren daartegen.³⁰ Inhoudelijk overtuigd lijken de instemmende rechters echter niet. De keuze tot het niet treffen van de buitengewone voorziening lijkt vooral te zijn gebaseerd op procesrechtelijke overwegingen. Het Hooggerechtshof heeft de discretionaire bevoegdheid om spoedzaken als deze te behandelen, maar wordt dan ook geacht vooruit te lopen op de uitkomst van de zaak, zonder alle argumenten te hebben gehoord.³¹ Zodoende is de vaccinatieplicht voor zorgpersoneel, zonder dat er uitzondering wordt gemaakt voor personen met religieuze bezwaren of andersoortige gewetensbezwaren, in stand gelaten. Dit tot groot ongenoegen van rechters Gorsuch, Thomas en Alito, die stellen dat zorgmedewerkers – na 18 maanden hard en moedig te hebben gewerkt in de frontlinie – nu worden afgestraft omwille van hun geloof.³²

²⁶ D. Me. 13 okt. 2021, No. 1:21-CV-00242-JDL, 2021 WL 4783626, p. 8-11 (*Does 1-6/Mills*).

²⁷ De tekst van de Free Exercise Clause ex U.S. CONST. amend. I luidt als volgt: ‘The government cannot prohibit the free exercise of religion. The government can regulate practices with rules of general applicability even if such rules have effect of limiting religious rights’.

²⁸ 1st Cir. 19 okt. 2021, No. 21-1826, 2021 WL 4860328, p. 18-19 (*Does 1-6/Mills*).

²⁹ U.S. 29 okt. 2021, No. 21A90, 2021 WL 5027177 (*Does 1-3/Mills*).

³⁰ 7th Cir. 2 aug. 2021, No. 21-2326 (*Klaassen/Trs. Of Indiana Univ.*); 2nd Cir. 15 okt. 2021, No. 21-2343 (*Maniscalco/N.Y. City Dep’t of Educ.*).

³¹ U.S. 29 okt. 2021, No. 21A90, 2021 WL 5027177 (Barrett, J., concurring), p. 1 (*Does 1-3/Mills*).

³² U.S. 29 okt. 2021, No. 21A90, 2021 WL 5027177, (Gorsuch, J., dissenting), p. 1 (*Does 1-3/Mills*).

3. Vaccinatie als overheidstaak en andere grondrechten

Uit bovenstaande zaken blijkt dat overheden zich in verschillende contexten genoodzaakt zien om vaccinatie tegen bepaalde infectieziekten niet slechts vrijblijvend aan te bieden. Vaccinatie kan, al dan niet vrijwillig, worden aangeboden aan (delen van) de bevolking, zoals kinderen, of juist aan specifieke beroepsgroepen, zoals zorgmedewerkers. Wij bespreken in deze paragraaf de rol van de overheid bij het vaccinatiebeleid. Daarnaast gaan we in op grondrechten van zorgmedewerkers die zich moeilijk laten verenigen met een vaccinatieplicht. Ook spreken we over de penibele positie van zorgpersoneel in het vaccinatiedebat en beantwoorden we de vraag hoe om te gaan met (religieuze) gewetensbezwaren in dat verband.

3.1. De rol van de overheid bij het vaccinatiebeleid

Vaccinatie is een vorm van de preventieve gezondheidszorg en beschermt individuen door immunisatie tegen ziekmakende bacteriën en virussen.³³ Niet zelden wordt vaccinatie genoemd als een van de meest effectieve en efficiënte preventieve instrumenten ter bescherming van zowel het individu als het collectief.³⁴ Dit collectieve aspect is volgens het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM), dat belast is met de regie van vaccinatieprogramma's, van belang omdat bepaalde groepen in onze samenleving niet gevaccineerd kunnen worden.³⁵ Het gaat dan bijvoorbeeld over jonge kinderen die vanwege hun leeftijd niet gevaccineerd kunnen worden of andere individuen die wegens een medische contra-indicatie niet in staat zijn zich te laten vaccineren. Juist zij die zich niet als individu kunnen laten beschermen door vaccinatie, dienen beschermd te worden door het collectief, ofwel door groepsbescherming.

Het eerste lid van artikel 22 van de Grondwet bepaalt dat de overheid maatregelen treft ter bevordering van de volksgezondheid. Het is via deze weg dat in het Nederlandse recht uiting wordt gegeven aan het 'recht op gezondheid'.³⁶ Met de term 'bevordering' wordt ook bedoeld op 'bescherming' van de

³³ M.A.J.M. Buijsen, 'COVID-19: wat te doen met vaccinatieweigeraars?', *RMThemis* 2020, afl. 3, p. 146.

³⁴ G. Montanari Vergallo, N. Mario di Luca & S. Zaami, 'Childhood Immunisation: Mandate or Persuasion? Italian Lawmakers Have Opted for the Former, What about European Legislators?', *European Journal of Health Law* (25) 2018, afl. 5, p. 574.

³⁵ rijksvaccinatieprogramma.nl/over-het-programma#:~:text=In%20Nederland%20is%20het%20ministeri%20e,wordt%20gezien%20als%20een%20geneesmiddel (laatst geraadpleegd 16 augustus 2022).

³⁶ A.C. Hendriks & P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, 'Gezondheidsrechtelijke aspecten van corona', *TCvR* (11) 2020, afl. 3, p. 263.

volksgezondheid.³⁷ Zo heeft de bevolking niet alleen het recht om beschermd te worden tegen directe gezondheidsgevaaren – zoals bij de uitbraak van een infectieziekte – maar ook het recht op bevordering van volksgezondheid in algemene zin.³⁸ Volgens Dute kan dan ook worden geconcludeerd dat het (meer specifieke) recht op preventie direct voortvloeit uit het recht op gezondheid, zoals neergelegd in artikel 12 van het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR).³⁹ Het vergelijkbare artikel 11 van het Europees Sociaal Handvest (ESH) bevat voor de overheid soortgelijke plichten met het oog op het voorkomen, behandelen en bestrijden van epidemische, endemische en andere ziekten. De Gezondheidsraad beschreef in het kader van de covid-19-vaccinatie dat de overheid vanuit zijn bevorderings- en beschermingstaak maatregelen kan treffen die kunnen ingrijpen op individuele (grond)rechten en belangen van mensen.⁴⁰ Daarbij kan gedacht worden aan toepassing van diverse interventies op het continuüm van drang en dwang, zoals stimulatie, ontmoediging en (sterke) beperking van keuzemogelijkheden. Het EHRM besliste bovendien reeds in 2010 dat een vaccinatieplicht, bijvoorbeeld ten tijde van een epidemie, door lidstaten kan worden gebruikt om derden te beschermen.⁴¹

3.2. De verhouding tussen een vaccinatieplicht en individuele grondrechten van zorgpersoneel

De overheid dient aldus de individuele en de (collectieve) volksgezondheid te beschermen en te bevorderen, waaronder via preventie. Evident is echter dat interventies, naarmate deze de keuzevrijheid van het individu meer beperken, kunnen botsen met andere grondrechten. Zo werd in paragraaf 2 al stilgestaan bij de relatie tussen de vrijheid van religie blijkens artikel 9 EVRM en een vaccinatieplicht voor zorgpersoneel. Hieruit kwam naar voren dat de inbreuk op een grondrecht onder omstandigheden gerechtvaardigd kan zijn. Om hieraan te voldoen, moet de inbreuk voorzien zijn bij wet, een legitiem doel hebben en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. De Nederlandse tegenhanger van artikel 9 EVRM is neergelegd in artikel 6 van de Grondwet, het recht op vrijheid van godsdienst en levensovertuiging. Ook deze bepaling is niet absoluut en geeft de wetgever ruimte om beperkingen te stellen aan de godsdienstvrijheid. Anders dan aan de bepalingen uit het EVRM,

³⁷ *Algehelegrondwetsherziening*, Deel Ia Grondrechten, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1979, p. 265.

³⁸ *Kamerstukken II 1976/77*, 13873, nr. 7, p. 23.

³⁹ J.C.J. Dute, *De vrijblijvendheid voorbij – over het recht op preventie* (oratie Nijmegen), Nijmegen: *gloedcommunicatie* 2013, p. 9.

⁴⁰ Gezondheidsraad, *Ethische en juridische afwegingen COVID-19-vaccinatie*, Den Haag: Gezondheidsraad 2021, nr. 2021/03, p. 12-15.

⁴¹ EHRM 22 november 2010, nr. 302/02, r.o. 136 (*Jehovah's witnesses of Moscow e.a./Rusland*).

zal de nationale rechter een wettelijke vaccinatieplicht echter niet kunnen toetsen aan de Grondwet, omwille van het toetsingsverbod zoals neergelegd in artikel 120 Grondwet. Naast het recht op vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, levert een eventuele vaccinatieplicht ook frictie op met het zelfbeschikingsrecht en het recht op privacy van een zorgmedewerker ingevolge artikel 8 EVRM en artikel 10 Grondwet. Bovendien tast een vaccinatieplicht de lichamelijke integriteit van het zorgpersoneel aan zoals beschermd in artikel 11 Grondwet. Ook deze grondrechten zijn niet absoluut en kunnen, mits sprake is van een wettelijke grondslag, worden ingeperkt. Ten aanzien van covid-19-vaccinatie zegt de Gezondheidsraad hierover bijvoorbeeld dat bij de vaststelling van overheidsbeleid, indien de vaccinatiegraad daalt onder een bepaald niveau, steeds dezelfde ethisch-juridische rechtvaardigingsvraag dient te worden gesteld: ‘weegt het collectieve belang van bescherming van de volksgezondheid op tegen de mate waarin de beleidsinterventie ingrijpt op (grond)rechten en individuele belangen?’⁴² Tegelijkertijd verwacht de Gezondheidsraad dat het gebruik van een vaccinatiebewijs tegen covid-19 ‘eerder proportioneel is voor vitale beroepen of beroepen waarbij werknemers in contact komen met ouderen en mensen met een kwetsbare gezondheid’, als vaccinatie effectief bijdraagt aan bescherming en er geen minder ingrijpende maatregelen voorhanden zijn.⁴³ Hiermee lijkt door de Gezondheidsraad gesuggereerd te worden dat vaccinatiedrang of -dwang eerder kan worden toegepast bij zorgpersoneel.

3.3. De positie van het zorgpersoneel in het vaccinatiedebat

Nederland kent momenteel slechts één wettelijke mogelijkheid tot verplichte vaccinatie, namelijk die voor de beroepsgroep van militairen ingevolge artikel 3 lid 1 van de Wet immunisatie militairen (WIM). De ‘vaccinatieplicht’ voor militairen betreft overigens geen absolute vaccinatieplicht. Een militair kan, indien deze religieuze bezwaren of andersoortige gewetensbezwaren heeft ten aanzien van vaccinatie, een ‘met redenen omkleed’ verzoek sturen aan de minister om te worden vrijgesteld.⁴⁴ Over een mogelijke vaccinatieplicht voor zorgpersoneel is echter ook veel geschreven en gezegd. Zo werd eind jaren ’90 een fel debat gevoerd over een vaccinatieplicht voor zorgpersoneel tegen het hepatitis B-virus (HBV). Aanleiding hiertoe gaf de zogenaamde ‘Veghelse affaire’, waarbij een chirurg (onbewust) in vier jaar tijd mogelijk tot 29 patiënten zou hebben besmet met HBV.⁴⁵ Ondanks het feit dat de chirurg gevaccineerd was, klonk vanuit medische hoek het geluid dat ‘een plicht tot vaccinatie tegen

⁴² Gezondheidsraad, *Ethische en juridische afwegingen COVID-19-vaccinatie*, Den Haag: Gezondheidsraad 2021, nr. 2021/03, p. 12.

⁴³ Idem, p. 27.

⁴⁴ Art. 5 lid 1-3 WIM.

⁴⁵ J.B. Meijer van Putten, ‘Vaccinatie tegen hepatitis B’, *NTvG* 4 december 1999; 143 (49), p. 2481.

hepatitis-B voor alle chirurgen en andere “snijdende” specialisten in Nederland onontkoombaar was’.⁴⁶ Zorgpersoneel dat reeds drager was van het virus, zou als gevolg hiervan hun baan verliezen. Ook juristen mengden zich in het debat. Zo zou volgens Gevers niet over moeten worden gegaan tot een vaccinatieplicht als hetzelfde doel langs de vrijwillige weg kan worden bereikt.⁴⁷ Bovendien moet een dergelijke plicht – die inbreuk maakt op het hierboven besproken recht op lichamelijke integriteit – voldoen aan de vereisten van noodzakelijkheid en proportionaliteit. Ook op beleidsniveau kreeg het onderwerp aandacht. Oudminister Borst gaf in antwoord op Kamervragen aan dat werkgevers volgens haar zouden mogen vragen naar de vaccinatiebereidheid van de werknemers, met als gevolg van weigering, het niet in dienst nemen.⁴⁸ Dute stelt dat een dergelijke maatregel *de facto* neerkomt op een vaccinatieplicht zonder formeel-wettelijke grondslag.⁴⁹ Wel is het volgens Dute toelaatbaar om bij werknemers die zich niet willen laten vaccineren ‘enige aandrang (overreding)’ toe te passen. Een vaccinatieplicht zou volgens Dute echter niet voldoen aan de waarborgfunctie van grondrechten.⁵⁰ Momenteel is Hepatitis B-vaccinatie voor zorgpersoneel overigens niet verplicht, maar kan weigering in bepaalde gevallen tot arbeidsrechtelijke gevolgen leiden, zoals het niet mogen uitvoeren van bepaalde taken.⁵¹

De vaccinatieplicht voor zorgpersoneel in Nederland is niet alleen ten aanzien van hepatitis B onderwerp van debat geweest. Zo verscheen recentelijk nog een rapport waarin een eventuele vaccinatieplicht voor zorgpersoneel ten aanzien van het influenzavirus (of: griepvirus) werd beschouwd.⁵² In het rapport werd echter geconcludeerd dat een vaccinatieplicht, vooral met betrekking tot de grondrechten zoals neergelegd in artikel 8 en 9 EVRM, problematisch zou zijn in het kader van de proportionaliteit van de maatregel. Artsenfederatie KNMG heeft in de context van covid-19 aangegeven geen voorstander te zijn van een vaccinatieplicht voor zorgpersoneel ‘vanwege de inbreuk die een dergelijke

⁴⁶ ‘Aantal chirurgen zal baan verliezen’, *De Volkskrant* 23 oktober 1999. Zie ook R.M. Doppegieter & M. Bastiaansen, ‘Juridische aspecten van hepatitis B-vaccinatie’, *MC* 9 juli 2003, p. 28-29.

⁴⁷ J.K.M. Gevers, ‘Een wettelijke inentingsverplichting voor hulpverleners?’, *TvGR* 1999, afl. 8, p. 485.

⁴⁸ *Aanhangsel Handelingen II* 2000/01, nr. 242. Dat het debat over de vaccinatieplicht voor werknemers nog altijd actueel is, blijkt wel uit een recente zaak van de rechtbank Amsterdam, waarin werd beslist dat KLM niet naar de vaccinatiestatus van piloten mag vragen. Zie voor volledige uitspraak: ECLI:NL:RBAMS:2022:3029.

⁴⁹ J.C.J. Dute, ‘Juridische aspecten van hepatitis B in zorginstellingen’, *TvGR* 2001, afl. 5, p. 286-297.

⁵⁰ Overigens zou een vaccinatieplicht zonder wettelijke grondslag ook in strijd zijn met het legaliteitsbeginsel dat immers verlangt dat inbreuken op fundamentele rechten en vrijheden bij wet in formele zin worden voorzien.

⁵¹ RIVM, *Hepatitis B-vaccinatie voor medewerkers in de gezondheidszorg*, Bilthoven: RIVM 2013, p. 2.

⁵² Ecorys & PROOF, *Verplichting griepvaccinatie bij zorgwerkers: wenselijk en mogelijk?*, Rotterdam: Ecorys & PROOF 2019, p. 17-19.

plicht maakt op het grondrecht op lichamelijke integriteit en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer'.⁵³

3.4. Hoe om te gaan met de (religieuze) gewetensbezwaren van zorgpersoneel?

In de introductie werd reeds aangehaald dat zorgpersoneel hoger risico loopt op de werkvloer om geïnficeerd te worden met een infectieziekte. Uitval wegens ziekte draagt voorts bij aan arbeidskrapte. In de derde plaats brengt geïnficeerd zorgpersoneel de gezondheid van kwetsbare patiënten waarmee zij werken in gevaar. Vooral dat laatste aspect kan de (religieuze) gewetensbezwaarde zorgmedewerker voor een complex moreel dilemma zetten. Enerzijds dient het recht op autonomie (om niet te vaccineren) van de individuele zorgmedewerker, dat mogelijk gefundeerd is op religieuze motieven, gerespecteerd te worden. Anderzijds moet een zorgmedewerker te allen tijde zien te voorkomen dat de patiënt schade wordt aangedaan. Voor de beroepsgroep van artsen is deze plicht tot niet schaden bovendien specifiek neergelegd in de eed van Hippocrates, die wordt afgelegd ter afsluiting van de opleiding tot arts.⁵⁴ Voor de beroepsgroep van zorgpersoneel in brede zin, wordt vanuit medisch-ethische hoek voorts gewezen op het schadebeginsel van John Stuart Mill, dat een vaccinatieplicht voor zorgpersoneel zou rechtvaardigen vanuit de gedachte dat de vrijheid van één kan worden ingeperkt als het schade toebrengt aan anderen.⁵⁵ In het verlengde daarvan – en uit het oogpunt van de plicht van de zorgverlener om goede en verantwoorde zorg te leveren – zouden hierdoor wellicht bepaalde eisen mogen worden gesteld aan het uitvoeren van functies binnen (zorg)instellingen. Zo bepaalde het Hof in de zaak *Grimmark* dat de afwijzing van klaagster, die gewetensbezwaren had tegen (assistentie bij) abortussen, voor de functie van verloskundige niet onredelijk was.⁵⁶ Het geven van assistentie bij abortussen is in Zweden een vereiste om abortus door het hele land te kunnen aanbieden. Klaagster had er bovendien vrijwillig voor gekozen om te solliciteren op de functie van verloskundige, wetende dat die functie ook assistentie bij abortus kon omvatten. De klacht onder artikel 9 EVRM werd dan ook afgewezen als kennelijk ongegrond. Dit betekent onzes inziens niet dat zonder meer voorbij zou moeten worden gegaan aan (religieuze) gewetensbezwaren. Integendeel, aan dergelijke bezwaren moet maximaal tege-

⁵³ I. Kleijne, 'Covidvaccinatieplicht in de zorg: morele noodzaak of grens voorbij', *MC* 27 juli 2021.

⁵⁴ H.A.M.J. ten Have, R.H.J. ter Meulen & E. van Leeuwen, *Medisch ethiek*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2003, p. 54.

⁵⁵ A.L. Ottenberg e.a., 'Vaccinating health care workers against influenza: the ethical and legal rationale for a mandate', *American Journal of Public Health* 2011;101, p. 213.

⁵⁶ EHRM 12 maart 2020 (ontv.besl.), ECLI:CE:ECHR:2020:0211DEC004372617, *EHRC* 2020/122, m.nt. A.C. Hendriks, *NJB* 2020/1390 (*Grimmark/Zweden*).

moet worden gekomen. Echter, indien een volksgezondheidskwestie noopt tot het nemen van ingrijpende maatregelen, vaccinatie bewezen effectief werkt, veilig is en betere bescherming biedt dan alternatieve (minder ingrijpende) veiligheidsmaatregelen, zoals (extra) beschermende kleding, dan zou drangtoepassing bij deze beroepsgroep eerder gerechtvaardigd kunnen worden.

4. De vaccinatieplicht voor zorgpersoneel: een Europees perspectief

Gedurende de coronacrisis werd het vaccinatiebeleid in veel landen meer directief van aard. Italië koos bijvoorbeeld als eerste Europese land voor een vaccinatieplicht voor zorgpersoneel.⁵⁷ Hierna volgden landen als Griekenland, Frankrijk, Oostenrijk en Hongarije.⁵⁸ Nederland koos hier niet voor. Maar hoe zit het met onze buurlanden: België, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk (Engeland)? Niet zelden ontwikkelde de epidemiologische situatie zich in deze landen immers op vergelijkbare wijze. Bovendien vonden in deze landen soortgelijke discussies plaats over de toepassing van drang en dwang in het (covid-19-)vaccinatiebeleid. Voor de Nederlandse discussie is het derhalve interessant om te bezien hoe dergelijke landen omgaan met het vraagstuk omtrent verplichte vaccinatie van zorgpersoneel. Hieronder gaan wij daartoe allereerst beknopt in op het algemene vaccinatiebeleid bovenstaande landen. Daarna bespreken we per land wat de invloed is geweest van covid-19 op het vaccinatiebeleid voor zorgpersoneel. Alvorens hiertoe wordt overgegaan, bespreken wij eerst de rol en de bevoegdheden van de Europese Unie in dit verband.

4.1. Europese Unie

De Europese Unie heeft beperkte regelgevende bevoegdheden heeft op het terrein van volksgezondheid. Zo bepaalt artikel 6 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) dat de Unie slechts bevoegd is om het optreden van lidstaten, betreffende de bescherming en verbetering van de menselijke gezondheid, aan te vullen, te ondersteunen of te coördineren en alleen voor wat betreft de Europese dimensie. Hoewel het optreden van de EU onder andere gericht dient te zijn op verbetering van de volksgezondheid en de preventie van ziekten, kan hieraan qua feitelijke bevoegd-

⁵⁷ D.L. 44/2021, 'Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in material di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici'; M. Paterlini, 'Covid-19: Italy makes vaccination mandatory for healthcare workers', *BMJ* april 2021, p. 373.

⁵⁸ European Parliamentary Research Service, *Legal issues surrounding compulsory Covid-19 vaccination*, maart 2022, p. 1-15; T. Burki, 'COVID-19 vaccine mandates in Europe', *The Lancet* (22) 2022, afl. 1, p. 27-28.

heden door de Unie slechts invulling worden gegeven door het nemen van stimuleringsmaatregelen.⁵⁹ Dergelijke maatregelen zijn echter niet bindend voor lidstaten. Lidstaten van de Europese Unie kunnen aldus onafhankelijk van de Unie vaccinatiebeleid bepalen.⁶⁰

4.2. Duitsland

4.2.1. Algemeen

Het Duitse vaccinatiebeleid vertoont sinds de afgelopen jaren een verschuiving; van een beleid met een vrijwillig karakter, naar een beleid met een meer verplichtend karakter. Nadat in maart 2015 meerdere mazelenuitbraken plaatsvonden, werd aan de Duitse Infectieziektenwet (of: ‘*Infektionsschutzgesetz*’)⁶¹ een consultatieplicht toegevoegd, die ouders die hun kind niet laten vaccineren tegen mazelen verplicht tot het voeren van een consultatiegesprek met een arts.⁶² Ouders die geen gehoor geven aan de plicht riskeren een boete van maximaal 2500 euro. Bovendien werd in 2019 een wet aangenomen die kinderen, leraren en zorgpersoneel verplicht tot vaccinatie tegen mazelen.⁶³ De wet is op 1 maart 2020 in werking getreden en kan gevolgen hebben wanneer geen bewijs van vaccinatie kan worden getoond. Zo kunnen kinderen worden geweerd van scholen en kinderdagverblijven en kan een boete worden opgelegd aan ouders van maximaal 2500 euro. Ook kunnen werknemers, bij het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst bij een van de betrokken instellingen, worden geweigerd vanwege hun vaccinatiestatus. Uitgezonderd van de plicht zijn mensen met een medische contra-indicatie en mensen die natuurlijke immuniteit tegen de mazelen hebben opgebouwd.

4.2.2. Vaccinatiebeleid (voor zorgpersoneel) sinds covid-19

Door de komst van corona werd op 10 december 2021 een nieuw artikel 20a toegevoegd aan de Duitse Infectieziektenwet. Met de toevoeging van het artikel werd een vaccinatieplicht voor medewerkers van medische instanties, zoals ziekenhuizen, huisartsenpraktijken en kraamklinieken, in het leven geroepen. Medewerkers moesten hierdoor vóór 15 maart 2022 (volledig)

⁵⁹ Art. 168 lid 1 in verbinding gelezen met lid 5 VWEU.

⁶⁰ C. Verstraete, ‘De verplichting om zich te laten vaccineren: hoe ver kan de wetgever gaan?’, *RW* 2022, afl. 3, p. 1293.

⁶¹ Zie voor volledige tekst *Infektionsschutzgesetz* (IfSG): [gesetze-im-internet.de/ifsg/](https://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/).

⁶² § 34 Gesundheitliche Anforderungen, Mitwirkungspflichten, Aufgaben des Gesundheitsamtes. Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen – *Infektionsschutzgesetz* (IfSG)

⁶³ Gesetz für den Schutz vor Masern und zur Stärkung der Impfprävention (*Masernschutzgesetz*).

gevaccineerd zijn tegen covid-19. Medewerkers met een medische contra-indicatie, een herstellbewijs of bewijs van volledige vaccinatie zijn uitgezonderd van de plicht. Indien van deze uitzonderingen echter geen sprake is, kan de betreffende gezondheidsautoriteit de ongevaccineerde medewerker de toegang tot de medische instantie verbieden of deze verbieden daar te werken.⁶⁴ Zorgpersoneel dat na 15 maart 2022 in dienst is gekomen bij de betreffende medische instanties, is eveneens verplicht een bewijs van vaccinatie te overleggen. De nieuwe bepalingen van de wet leverden commotie op onder het zorgpersoneel en leidden tot een tweetal zaken bij het Constitutioneel Gerechtshof.⁶⁵ Het zorgpersoneel vroeg het Duitse Hof in de eerste zaak om een voorlopige voorziening te treffen ter schorsing van de werking van artikel 20a van de Infectieziektenwet. Hoewel het Duitse Hof besliste dat er onvoldoende grond was voor het treffen van een voorlopige voorziening, erkende het tegelijkertijd dat de klachten van het zorgpersoneel over de grondwettigheid van de regeling niet zonder meer ongegrond verklaard konden worden.⁶⁶ Enkele maanden na dit oordeel, volgde dan ook de uitspraak in de tweede zaak over de grondwettigheid van de regeling inzake de vaccinatieplicht voor het zorgpersoneel.⁶⁷ Het zorgpersoneel meende in diverse grondrechten te zijn geschonden, zoals het recht op vrijheid van religie en het recht op leven. Hoewel de meerderheid van deze klachten ongegrond werd verklaard, besteedde het Hof uitgebreid aandacht aan de vermeende schendingen van artikel 2 en artikel 12 van de Duitse Grondwet, waarin het recht op lichamelijke integriteit en het recht op vrijheid van beroepskeuze zijn neergelegd. Het Duitse Hof erkent in deze zaak enerzijds dat de bepalingen grove inbreuken opleveren met onder meer het (indirecte) recht op lichamelijke integriteit. Anderzijds is het van oordeel dat de fundamentele rechten en belangen van het zorgpersoneel ondergeschikt zijn aan de belangen van anderen in de samenleving.⁶⁸ De wet heeft immers tot doel het beschermen van kwetsbare groepen in de samenleving, waardoor grondwettelijke inbreuken volgens het Hof gerechtvaardigd zijn en de vaccinatieplicht mag blijven bestaan.⁶⁹ Interessant is overigens ook het feit dat het Duitse Hof bij de beoordeling van de zaak meermaals refereert aan de zaak *Vavříčka* en de uit deze zaak

⁶⁴ § 20a Immunitätsnachweis gegen COVID-19. Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen – *Infektionsschutzgesetz* (IfSG).

⁶⁵ Bundesverfassungsgericht 10 februari 2022, ECLI:DE:BVerfG:2022:rs20220210.1bvr26492; Bundesverfassungsgericht 27 april 2022, ECLI:DE:BVerfG:2022:rs20220427.1bvr26492.

⁶⁶ Bundesverfassungsgericht 10 februari 2022, ECLI:DE:BVerfG:2022:rs20220210.1bvr26492, r.o. 15.

⁶⁷ Bundesverfassungsgericht 27 april 2022, ECLI:DE:BVerfG:2022:rs20220427.1bvr26492.

⁶⁸ Bundesverfassungsgericht 27 april 2022, ECLI:DE:BVerfG:2022:rs20220427.1bvr26492, r.o. 219.

⁶⁹ Bundesverfassungsgericht 27 april 2022, ECLI:DE:BVerfG:2022:rs20220427.1bvr26492, r.o. 263.

voortvloeiende criteria gebruikt ter rechtvaardiging van de covid-19-vaccinatieplicht voor zorgpersoneel.⁷⁰

4.3. België

4.3.1. Vaccinatiebeleid: algemeen

Regionalisering in België heeft het vaccinatiebeleid sterk versnipperd, waardoor de Franse, Duitse en Vlaamse Gemeenschap, op grond van de Bijzondere Wet tot hervorming der instellingen (BWHI), thans zelfstandig bevoegd zijn over de uitwerking van vaccinatiestrategieën, zoals de aanbeveling en promotie daarvan. De federale overheid is daarentegen bevoegd tot het verplichten van vaccinaties.⁷¹ België kent momenteel een vaccinatieplicht tegen poliomyelitis (kinderverlamming). Een in 1966 uitgevaardigd Koninklijk Besluit verplicht inenting tegen polio voor kinderen tussen de leeftijd van twee en achttien maanden.⁷² Ook kent België vaccinatieplichten tegen tetanus en hepatitis B voor werknemers uit specifieke beroepsgroepen, die staan opgenomen in de ‘Codex welzijn op het werk’. De vaccinatieplicht beperkt zich echter tot werknemers die een groter risico lopen op besmetting vanwege de aard van hun werkzaamheden.⁷³ Zo dient personeel van diensten waar medische onderzoeken worden verricht of geneeskundige zorg wordt verstrekt, verplicht ingeënt te worden tegen hepatitis B.⁷⁴ Bovenstaande vaccinatieplichten kennen geen uitzondering voor (religieus) gewetensbezwaarden; wel bestaat een uitzondering voor mensen met een medische contra-indicatie.

4.3.2. Vaccinatiebeleid (voor zorgpersoneel) sinds covid-19

In november 2021 bood de Belgische Hoge Gezondheidsraad een advies aan de federale regering aan, waarin werd geconcludeerd dat een covid-19-vaccinatieplicht voor zorgpersoneel – gelet op de doeltreffendheid van het vaccin en de verminderde transmissie van SARS-CoV-2 tussen zorgverlener en patiënt na vaccinatie – een ethisch aanvaardbare en gefundeerde optie zou zijn.⁷⁵ Hierop keurde de federale regering eind 2021 een wetsontwerp goed

⁷⁰ Bundesverfassungsgericht 27 april 2022, ECLI:DE:BVerfG:2022:rs20220427:1bvr26492, r.o. 114, r.o. 155, r.o. 209 en r.o. 213.

⁷¹ C. Verstraete, ‘De verplichting om zich te laten vaccineren: hoe ver kan de wetgever gaan?’, *RW* 2022, afl. 3, p. 1292.

⁷² Koninklijk Besluit 26 oktober 1966, *BS* 6 december 1966, 12111.

⁷³ C. Verstraete, ‘De verplichting om zich te laten vaccineren: hoe ver kan de wetgever gaan?’, *RW* 2022, afl. 3, p. 1306.

⁷⁴ Art. VII.1.71 Codex over het welzijn op het werk.

⁷⁵ Hoge Gezondheidsraad, *Vaccinatie tegen COVID-19 voor personeel uit de gezondheidssector: Noodzaak voor verdere omkadering tot verplichting?* Brussel: HGR 2021, advies nr. 9671, p. 3.

waarin de covid-19-vaccinatieplicht voor ‘gezondheidszorgbeoefenaars’⁷⁶ was opgenomen.⁷⁷ Zorgmedewerkers die op 1 april 2022 niet gevaccineerd zouden zijn, riskeerden de beëindiging van hun arbeidsovereenkomst. Een uitzondering werd gemaakt voor werknemers met een medische contra-indicatie, maar niet voor personeel met (religieuze) gewetensbezwaren.⁷⁸ De wetgeving was echter niet tijdig rond, waardoor een aangepast voorstel werd gemaakt met als nieuwe ingangsdatum 1 juli 2022.⁷⁹ Vanaf dan zouden de bestaande arbeids- of samenwerkingsovereenkomsten van niet-gevaccineerde zorgmedewerkers van rechtswege beëindigd worden zonder opzeggingstermijn of vergoeding.⁸⁰ Ook deze wetgeving is echter niet op tijd tot stand gekomen. Op 25 mei 2022 werden namelijk, nog geen twee maanden na de behandeling van de eerste 57 amendementen, 42 nieuwe amendementen ingediend. Over deze amendementen heeft de Afdeling Wetgeving van de Raad van State recentelijk geadviseerd.⁸¹ Anders dan bij eerder voorgestelde amendementen, wordt nu expliciet gevraagd om een regeling voor (religieuze) gewetensbezwaarden aan de wet toe te voegen.⁸² De Raad van State meent echter dat het huidige amendement te beknopt is en niet aan de *Vavrička*-toets⁸³ voldoet. Volgens de Raad moeten daarom de procedurele aspecten om het statuut van ‘gewetensbezwaarde’ te verkrijgen, uit het oogpunt van rechtszekerheid, verduidelijkt worden.⁸⁴ Een ander deel van de amendementen strekt ertoe niet langer een sanctie te verbinden aan de vaccinatiestatus, maar niet-naleving van de vaccinatieplicht te laten leiden tot een consultatiegesprek met de bedrijfsarts.⁸⁵ Een soortgelijk voorstel is overigens

⁷⁶ Het Wetsontwerp betreffende verplichte vaccinatie tegen COVID-19 van gezondheidszorgbeoefenaars geldt niet voor elke zorgmedewerker. Zo wordt het toepassingsgebied van de vaccinatieplicht voor covid-19 gekoppeld aan bepaalde wetten, waaronder verschillende zorgmedewerkers vallen.

⁷⁷ Par. St. Kamer 2021-22, nr. 55-2533/001 (*Wetsontwerp betreffende verplichte vaccinatie tegen COVID-19 van gezondheidszorgbeoefenaars*).

⁷⁸ C. Verstraete, ‘De verplichting om zich te laten vaccineren: hoe ver kan de wetgever gaan?’, *RW* 2022, afl. 3, p. 1313.

⁷⁹ G. Paelinck, ‘Verplichte vaccinatie zorgpersoneel uitgesteld tot 1 juli’, *VRT NWS* 5 februari 2022.

⁸⁰ C. Verstraete, ‘Verplichte vaccinatie tegen Covid-19 voor gezondheidszorgbeoefenaars: zal een werk van lange adem een stille dood sterven?’, *De Juristenkrant* 6 april 2022, p. 12.

⁸¹ Parlementair Document 55K2533, nr. 11, zie voor volledige tekst wetontwerp en huidige ontwikkelingen: dekamer.be/kvvr/showpage.cfm?section=/flwb&language=nl&cfm=/site/www-cfm/flwb/flwbn.cfm?legislat=55&dossierID=2533.

⁸² Amendement nr. 59 van Sneppe en Creyelman luidt als volgt: ‘In hoofdstuk 2 een bepaling 9/1 invoegen, luidende: “9/1 gewetensbezwaarde: hij die en verplichting – bijvoorbeeld de vaccinatieverplichting – weigert op rond van gewetensbezwaren ingegeven door medische, wetenschappelijke of morele overtuiging”.’

⁸³ De overtuiging van de (religieuze) gewetensbezwaarde moet voldoen aan een toereikende mate van validiteit, ernst, coherentie en relevantie om de beschermende werking van artikel 9 EVRM te laten gelden.

⁸⁴ Parlementair Document 55K2533, nr. 11, p. 16.

⁸⁵ Parlementair Document 55K2533, nr. 11, p. 5-6.

tot twee keer toe verworpen.⁸⁶ Het is thans aan het parlement om tot goedkeuring van de wet over te gaan.

4.4. Verenigd Koninkrijk (Engeland)

4.4.1. Vaccinatiebeleid: algemeen

Engeland kent een vaccinatiebeleid dat (overwegend) gebaseerd is op keuzevrijheid in plaats van toepassing van drang of dwang.⁸⁷ Het verplicht ondergaan van een medische behandeling – waaronder een vaccinatie – is zelfs wettelijk verboden, zo volgt uit de Engelse Public Health Act.⁸⁸ Wel is in het Statuut van de nationale gezondheidsdienst voor Engeland (hierna: ‘NHS’) het ‘recht op immunisatie’ opgenomen, waarin het recht op verkrijging van vaccinaties is geregeld.⁸⁹ De vier constituerende landen van het Verenigd Koninkrijk: Engeland, Schotland, Noord-Ierland en Wales, kunnen onafhankelijk van elkaar vaccinatiebeleid bepalen.⁹⁰

4.4.2. Vaccinatiebeleid (voor zorgpersoneel) sinds covid-19.

Hoewel zowel de voormalig Britse minister van volksgezondheid als de premier zich initieel negatief uitlieten over verplichte vaccinatie, werd deze optie nooit definitief uitgesloten.⁹¹ Wel zou met een vaccinatieplicht een nieuwe wet in het leven moeten worden geroepen, omdat artikel 45E lid 1 van de Engelse Public Health Act verplichte vaccinatie verbiedt. Toch kondigde oud-minister van volksgezondheid Javid in januari 2022 aan dat het verplicht zou worden voor al het zorgpersoneel van NHS-Engeland⁹² om per 1 april 2022 volledig gevaccineerd te zijn tegen covid-19.⁹³ De vaccinatieplicht zou niet alleen

⁸⁶ Parlementair Document 55K2533, nr. 3, amendement 20 en Parlementair Document 55K2533, nr. 6, amendement 48.

⁸⁷ Sabin Vaccine Institute, *Legislative Approaches to Immunization Across the European Region*, december 2018, p. 18.

⁸⁸ Art. 45E lid 1 Public Health (Control of Disease) Act 1984, zie voor volledige tekst: legislation.gov.uk/ukpga/1984/22.

⁸⁹ *The NHS Constitution for England*, London: Department of Health and Social Care 2015, laatst bijgewerkt januari 2021, zie voor volledige tekst: gov.uk/government/publications/the-nhs-constitution-for-england/the-nhs-constitution-for-england.

⁹⁰ J. King & N. Byrom, ‘United Kingdom: Legal Response to Covid-19’, in: Jeff King e.a. (red.), *The Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19*, Oxford: Oxford University Press 2021.

⁹¹ E. Rough & T. Powell, ‘Coronavirus: Covid-19 vaccine roll-out: Frequently Asked Questions’ (HC Briefing Paper, CBP 9081), 1 april 2021, p. 47.

⁹² In tegenstelling tot Engeland, overwogen de andere constituerende landen van het Verenigd Koninkrijk overigens geen vaccinatieplicht voor zorgpersoneel, zie hiervoor: bbc.com/news/uk-60193410.

⁹³ ‘NHS staff have duty to be vaccinated – Javid’, *BBC News* 25 januari 2022.

bijdragen aan de gezondheid van de zorgmedewerker, maar ook aan het behoud van een goed functionerend zorgsysteem.⁹⁴ Personeel met een medische contra-indicatie werd uitgezonderd van de plicht. Van een uitzondering voor personeel met (religieuze) gewetensbezwaren zou geen sprake zijn. Hierop adviseerde de British Medical Association (BMA), de Britse artsenfederatie, NHS-personeel met (religieuze) gewetensbezwaren in gesprek te gaan met werkgevers over potentiële herplaatsing, maar zij waarschuwde tegelijkertijd dat de ‘waarschijnlijk proportionele’ vaccinatieplicht tot ontslag zou kunnen leiden.⁹⁵ Het zorgpersoneel had tot uiterlijk 3 februari 2022 om een eerste inenting tegen covid-19 te nemen, waarna – bij uitblijven hiervan – mogelijk ontslag zou volgen.⁹⁶ Eerder, in juli 2021, werd door het Britse Lagerhuis al ingestemd met een vaccinatieplicht voor medewerkers in verzorgingstehuizen per november 2021, waarna vele van hen – naar schatting 40.000 medewerkers – besloten hun werkzaamheden neer te leggen.⁹⁷ Mede hierdoor sloegen diverse artsen een noodkreet uit om de NHS-brede vaccinatieplicht een halt toe te roepen, simpelweg omdat de zorgsector de tekorten niet aan zou kunnen.⁹⁸ In tegenstelling tot de vaccinatieplicht voor medewerkers in verzorgingstehuizen, is de vaccinatieplicht voor NHS-zorgpersoneel echter nooit gerealiseerd. Drie dagen voordat de vaccinatie-deadline voor zorgpersoneel zou verlopen, maakte de Britse regering een opvallende ‘U-turn’.⁹⁹ Volgens oud-minister Javid was het niet langer proportioneel om in tijden van de (minder ziekmakende) omikron-variant verplichte vaccinatie van zorgpersoneel, waaronder die van medewerkers in verzorgingstehuizen, te verlangen. Bovendien was de bevolking in zijn geheel ook beter beschermd tegen covid-19.¹⁰⁰ Op het moment van de aankondiging waren overigens ruim 80.000 zorgmedewerkers niet (volledig) gevaccineerd.

94 J. Lee & M. Jackson, ‘Covid-19: Vaccines to be compulsory for frontline NHS staff in England’, *BBC News* 10 november 2021.

95 Zie voor het volledige richtsnoer van de BMA: bma.org.uk/advice-and-support/covid-19/vaccines/covid-19-mandatory-vaccine-guidance.

96 G. Lacobucci, ‘Covid-19: Government abandons mandatory vaccination of NHS staff’, *BMJ* 2022;376:0269.

97 A. Therrien, ‘Compulsory vaccinations for care home staff in England backed by MPs’, *BBC News* 13 juli 2021.

98 Z. Kmietowicz, ‘Covid-19: Halt mandatory vaccination to keep England’s maternity services safe, pleads royal college’, *BMJ* 2022;376:0249.

99 G. Lacobucci, ‘Covid-19: Government abandons mandatory vaccination of NHS staff’, *BMJ* 2022;376:0269.

100 TheyWorkForYou. Vaccination: condition of deployment – in the House of Commons at 6:18 pm on 31st January 2022, theyworkforyou.com/debates/?id=2022-01-31a.70.0&p=11461.

5. De juridische mogelijkheden voor het opleggen van een vaccinatieplicht aan zorgpersoneel

In deze paragraaf schetsen wij de juridische mogelijkheden voor het opleggen van een vaccinatieplicht aan zorgpersoneel, met aandacht voor de (religieuze) gewetensbezwaren van sommigen. De Nederlandse overheid beschikt op dit moment niet over een wettelijke bevoegdheid. Bij gebrek aan een dergelijke wettelijke bevoegdheid, bezien wij de mogelijkheden van de zorgaanbieder¹⁰¹ (als werkgever) om het zorgpersoneel (als werknemer) tot vaccinatie te kunnen verplichten. Alvorens wij deze vraag uitwerken, kijken we naar hoe vaccinatie thans juridisch is geregeld. Hierna bespreken we enkele juridische (publiek- en privaatrechtelijke) aspecten van een vaccinatieplicht voor zorgpersoneel. Wij richten ons hierbij niet expliciet op een type infectieziekte, maar bezien het vraagstuk vanuit een breed juridisch kader ten aanzien van vaccinatie.

5.1. Vaccinatie volgens het huidige recht

Op het verrichten van vaccinaties zijn de regels van de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst van toepassing (hierna: ‘WGBO’), een wet inzake de rechten van patiënten opgenomen in boek 7 van het BW. Voorts valt het verrichten van vaccinaties in het kader van de infectieziektebestrijding onder de regels van de Wet publieke gezondheid (hierna: ‘Wpg’). Vaccinatie wordt in zijn algemeenheid gereguleerd in paragraaf 4 van de Wpg. De wetgeving beperkt zich echter tot vooral praktische aangelegenheden ten aanzien van vaccinatie, zoals via welke weg een vaccinatieprogramma wordt vastgesteld en welk bestuursorgaan verantwoordelijk is voor de uitvoering en coördinatie van het vaccinatieprogramma.¹⁰² Regels over drang- of dwangtoepassing bij vaccinatie kent de Wpg niet. Onder het Rijksvaccinatieprogramma (RVP) bestaat dan ook geen medewerkingsplicht, maar volgens sommigen is een ‘zekere aandrang toegestaan’.¹⁰³ Bij een verschil van inzicht tussen de ouder en kind oordeelt de rechter meestal dat vaccinatie is toegestaan.¹⁰⁴

¹⁰¹ Met ‘zorgaanbieder’ wordt in dit verband bedoeld op (zorg)instellingen, zoals zieken- en verpleeghuizen.

¹⁰² Art. 6b lid 1 en lid 2 Wpg.

¹⁰³ H.J.J. Leenen e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 592.

¹⁰⁴ Rb. Noord-Nederland 21 september 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:4096; Rb. Gelderland 5 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5924, m.nt. R.C. Simons.

5.2. De juridische aspecten van vaccinatie van zorgpersoneel

5.2.1. De Arbeidsomstandighedenwet – publiekrecht

Bij het schetsen van een juridisch kader voor het vaccineren van zorgpersoneel, wijzen wij allereerst op de Arbeidsomstandighedenwet (hierna: 'Arbowet'). Deze wet verplicht de werkgever onder meer te zorgen voor de veiligheid en gezondheid van werknemers. Meer specifiek bepaalt artikel 3 van de Arbowet dat de werkgever de gevaren en risico's voor de veiligheid of de gezondheid van de werknemer zoveel mogelijk bij de bron daarvan voorkomt of beperkt; indien dit onmogelijk blijkt, dient de werkgever andere doeltreffende maatregelen te nemen, waarbij maatregelen gericht op collectieve bescherming voorrang hebben boven maatregelen gericht op individuele bescherming.¹⁰⁵ In het Arbeidsomstandighedenbesluit is deze publiekrechtelijke zorgplicht van de werkgever voor de bescherming tegen de risico's van biologische agentia, waaronder virussen vallen, nader uitgewerkt.¹⁰⁶ Het besluit zet vier verschillende risicocategorieën uiteen, die oplopen naarmate een ziekte meer infectieus is.¹⁰⁷ covid-19 valt bijvoorbeeld onder categorie 3; de virussen met kans op een ernstige ziekte en op verspreiding. Voorts is de werkgever op grond van het besluit verplicht – wanneer sprake is van virussen uit risicocategorie 2, 3 of 4 – aan iedere werknemer die daaraan is of kan worden blootgesteld doeltreffende vaccins ter beschikking te stellen.¹⁰⁸ Als bovenstaande regels in acht worden genomen door de zorginstelling, heeft zij als werkgever aan haar publiekrechtelijke zorgplicht voldaan.¹⁰⁹ De Commissie Gelijke Behandeling¹¹⁰ oordeelde hierover reeds in 2003. Volgens de Commissie gaat deze verplichting van de werkgever op grond van de arbeidsomstandighedenwetgeving 'niet zo ver [...] dat sprake is van een eis tot vaccinatie'.¹¹¹ Wel concludeerde de Gezondheidsraad eerder dat vanuit de zorgplicht van de werkgever 'het in principe mogelijk is dat de werkgever aan niet-meewerken consequenties verbindt in de sfeer van tewerkstelling of

¹⁰⁵ Art. 3 lid 1 onder b Arbowet.

¹⁰⁶ Gezondheidsraad, *Werknemers en infectieziekten – Criteria voor vaccinatie*, Den Haag: Gezondheidsraad 2014, nr. 2014/30, p. 27.

¹⁰⁷ Art. 4.84 Arbeidsomstandighedenbesluit.

¹⁰⁸ Art. 4.91 lid 6 Arbeidsomstandighedenbesluit bepaalt overigens dat hierbij Bijlage VII 'aanbevolen gedragsregels bij vaccinatie' van richtlijn 2000/54 in acht dient te worden genomen. Bijlage VII beschrijft onder meer dat werknemers, bij de aanbidding van vaccins, door de werkgever op de hoogte worden gebracht van de voor- en nadelen van vaccinatie en niet-vaccinatie. Ook dienen vaccinaties kosteloos te worden aangeboden.

¹⁰⁹ Gezondheidsraad, *Werknemers en infectieziekten – Criteria voor vaccinatie*, Den Haag: Gezondheidsraad 2014, nr. 2014/30, p. 27.

¹¹⁰ Thans 'College voor de Rechten van de Mens'.

¹¹¹ Commissie Gelijke Behandeling, *TvGR 2003/25*, p. 208.

zelfs beëindiging van de arbeidsovereenkomst'.¹¹² Hiervoor zou de wetgeving (de Wpg) wel moeten worden aangepast. Overigens nam voormalig minister Asscher het advies van de Gezondheidsraad niet over vanwege de te vergaande inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de werknemer. Volgens Asscher kon 'weigeren van vaccinatie geen negatieve rechtspositionele consequenties hebben voor werknemers'.¹¹³

5.2.2. (De grenzen van) contractsvrijheid en 'goed werkgeverschap' – privaatrecht

Uit het privaatrechtelijke beginsel van contractsvrijheid en contracteervrijheid volgt dat partijen, waaronder zorginstellingen, in beginsel vrij zijn om te bepalen wat inhoudelijk overeengekomen wordt.¹¹⁴ De wet kan deze vrijheid echter begrenzen. Zo kan een overeenkomst ingevolge artikel 3:40 BW nietig of vernietigbaar zijn wanneer de inhoud daarvan in strijd is met de wet, goede zeden of openbare orde. Een andere grens kan worden gevonden in de zogenaamde 'zwarte lijst' en 'grijze lijst' van boek 6 BW, waarin algemene voorwaarden staan vermeld die (in beginsel) niet opgenomen mogen worden in contracten.¹¹⁵ Ook kan een begrenzing worden gevonden artikel 6:248 lid 2 BW via de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Er is dus geen sprake van volledige contractuele vrijheid voor private partijen. Een ander belangrijk (algemeen) privaatrechtelijk beginsel is die van het 'goed werkgeverschap' zoals geregeld in artikel 7:611 BW. Meer specifiek bepaalt artikel 7:658 BW ten aanzien van de gezondheid en veiligheid bij het werk dat de werkgever zodanige maatregelen moet treffen als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Dit impliceert in tijden van een infectieziekte een specificering van de zorgplicht, rekening houdend met de belangen van het personeel.

5.2.3. (In)directe doorwerking van grondrechten in arbeidsrelatie

Vaccinatie wordt door sommigen, vooral streng gereformeerden, beschouwd als een ontkenning van de voorzienigheid Gods.¹¹⁶ Hoe dient de zorginstelling om te gaan met (religieus) bezwaarde zorgmedewerkers?

¹¹² Gezondheidsraad, *Werknemers en infectieziekten – Criteria voor vaccinatie*, Den Haag: Gezondheidsraad 2014, nr. 2014/30, p. 32.

¹¹³ *Kamerstukken II 2014/15*, 32793, nr. 170, p. 4.

¹¹⁴ A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 41..

¹¹⁵ Art. 6:236 en art. 6:237 BW.

¹¹⁶ A. Nieuwenhuis, 'Het weigeren van bloedtransfusies en vaccinaties op grond van godsdienstige motieven – Een grondrechtelijk perspectief', *TvRRB*, (8) 2017, afl. 3, p. 27.

Kunnen zij zich aan een vaccinatieplicht onttrekken? In de literatuur centreert zich de discussie rondom de vraag of grondrechten *direct* (of: horizontaal) doorwerken in de arbeidsrelatie of slechts *indirect*.¹¹⁷ Zo gelden grondrechten, althans volgens sommigen, in beginsel tussen burger en overheid, maar niet tussen private partijen onderling.¹¹⁸ Toch kunnen grondrechten op verschillende manieren in horizontale relaties doorwerken. Allereerst indien een grondrecht is uitgewerkt in een formele wet die de horizontale werking regelt, zoals de bepalingen uit de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB).¹¹⁹ Daarnaast kan van horizontale werking sprake zijn als de rechter invulling geeft aan open normen die in grondrechten besloten liggen, zoals de redelijkheid en billijkheid of het goed werkgeverschap.¹²⁰ Bovendien heeft de Hoge Raad in het *Hyatt*-arrest bepaald dat de in artikel 8 EVRM verworven grondrechten van een werkneemster directe werking hebben tussen haar en de werkgever.¹²¹ Of de werkgever een drugstest mocht verlangen van haar werkneemster, hing volgens de Hoge Raad af van het legitieme doel, de noodzakelijkheid, de proportionaliteit en de subsidiariteit van de maatregel.

5.3. De vaccinatieplicht gezien vanuit het perspectief van zorgpersoneel en zorginstelling

5.3.1. Positie zorgpersoneel: is een vaccinatieplicht in strijd met de AWGB?

Religieus gewetensbezwaarden moeten volgens het recht in Nederland, alsook volgens het EHRM, maximaal tegemoet worden gekomen in hun bezwaren op grond van het recht op godsdienst en het discriminatieverbod. Dit staat soms expliciet opgenomen in de wet, zoals in de Zorgverzekeringswet (Zvw).¹²² Voorts verbiedt artikel 5 lid 1 van de AWGB zowel direct als indirect onderscheid bij arbeidsgerelateerde zaken, zoals het aangaan en het beëindigen van een arbeidsverhouding. Van direct onderscheid is sprake wanneer personen op grond van (bijvoorbeeld) hun levensovertuiging of godsdienst, anders worden behandeld dan anderen in een vergelijkbare situatie.¹²³ Van indirect onderscheid is sprake indien een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf

¹¹⁷ A. Olsthoorn & D. Schwartz, 'Een prik-kelbaar onderwerp: vaccinatieplicht voor de werknemer', *TAP* 2021, afl. 2, p. 5.

¹¹⁸ H.N. Schelhaas, 'Contractuele vaccinatieplichten, coronaclausules en wijziging van overeenkomsten', *MvV* 2021, afl. 6, p. 196.

¹¹⁹ C.J. de Boer & M.S. Bettelheim, 'Contractueel verplichte vaccinatie', *ORP* 2021, afl. 5, p. 19.

¹²⁰ R. Pierik & E. Verhulp, 'Kan de wetgever de werknemers een vaccinatieplicht opleggen?', *TvO* 2022, afl. 1, p. 7.

¹²¹ HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5802, r.o. 3.4.2.

¹²² Art. 2 lid 2 onder b Zvw.

¹²³ Art. 1 lid 1 onder b AWGB.

of handelwijze, personen met (bijvoorbeeld) een bepaalde godsdienst of levensovertuiging in vergelijking met andere personen in het bijzonder treft.¹²⁴ Hoewel bij een vaccinatieplicht voor zorgpersoneel geen sprake zal zijn van direct onderscheid, zal vermoedelijk wel sprake zijn van indirect onderscheid. Het kan immers zo zijn dat een zorgmedewerker zich omwille van zijn (religieuze) gewetensbezwaren niet wil laten vaccineren en daardoor – in vergelijking met andere personen – in het bijzonder getroffen wordt door de vaccinatieplicht. Echter, zo volgt uit artikel 2 lid 1 AWGB, geldt het verbod op indirect onderscheid niet indien dat onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Ook de AWGB sluit een vaccinatieplicht voor zorgpersoneel dus niet uit, mits objectief gerechtvaardigd.

5.3.2. Positie zorginstelling: draagt een vaccinatieplicht bij aan goede zorg?

Nederlandse zorgaanbieders zijn verplicht goede zorg aan te bieden, zo volgt uit de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz). Hieronder wordt verstaan: zorg van goede kwaliteit en van goed niveau die in ieder geval veilig, doeltreffend en doelmatig is, waarbij zorgverleners handelen in overeenstemming met de op hen rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de professionele standaard.¹²⁵ Het aanbieden van goede zorg is geen direct recht van de patiënt, maar wel een plicht – of zorgvuldigheidsnorm – van de zorgaanbieder, waarop de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd toeziet (IGJ).¹²⁶ Wel is het mogelijk dat een patiënt in een civielrechtelijke procedure stelt dat de zorgaanbieder geen goede zorg bood. De invoering van een vaccinatieplicht voor zorgpersoneel zou mogelijk zijn legitieme doel kunnen vinden in deze bepaling van de Wkkgz ter bescherming van patiënten. Hierbij zij opgemerkt dat een vaccinatieplicht nog altijd noodzakelijk en proportioneel moet zijn. Of hieraan wordt voldaan, hangt, zoals eerder omschreven, onder meer af van de effectiviteit van het vaccin en aan de beschikbaarheid van minder ingrijpende interventies. Relevante vragen in dit verband zijn onder meer of vaccinatie steriele (of: volledige) immuniteit biedt en of vaccinatie ook bescherming biedt tegen transmissie. Ook dient te worden afgewogen of voorkoming van virusoverdracht niet ook gerealiseerd kan worden middels alternatieve veiligheidsmaatregelen.

¹²⁴ Art. 1 lid 1 onder c AWGB.

¹²⁵ Art. 2 lid 1 en lid 2 onder a en b Wkkgz.

¹²⁶ ZonMW, *Evaluatie van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg*, Den Haag: ZonMW 2021, p. 55.

6. Slotbeschouwing

In deze bijdrage hebben wij onderzocht wat de gezondheids- en grondrechtelijke aspecten zijn van een vaccinatieplicht, toegespitst op zorgpersoneel en dan in het bijzonder de groep met (religieuze) gewetensbezwaren. Daarbij hebben we gekeken hoe deze vraag door het EHRM, het Amerikaanse Hooggerechtshof en in drie buurlanden van Nederland wordt beantwoord. Het onderzoek leert dat het recht ruimte laat voor het invoeren van een vaccinatieplicht, mits aan strenge voorwaarden is voldaan. Of aan de voorwaarden van een vaccinatieplicht wordt voldaan en of de plicht dan ook geldt voor zorgpersoneel met (religieuze) gewetensbezwaren, hangt met name af van de proportionaliteit van de plicht. Dit is onder meer afhankelijk van de veiligheid en effectiviteit van de vaccins, de zwaarte van de sanctie(s) bij vaccinatieweigering en het bestaan van uitzonderingen op de vaccinatieplicht, waaronder voor bepaalde groepen. Tijdens de coronacrisis kozen het Amerikaanse Maine en diverse Europese landen er voor om een vaccinatieplicht voor zorgpersoneel te hanteren. Hierbij valt op dat veel landen geen uitzondering kennen voor zorgpersoneel met (religieuze) gewetensbezwaren, maar wel voor zorgpersoneel met een medische contra-indicatie. Ook valt, in het licht van proportionaliteit, op dat een vaccinatieplicht vele vormen kan aannemen in de zin van repercussies bij weigering van vaccinatie. Zo gaan ontslag of geen loonbetaling in combinatie met een verbod op de werkvloer bijvoorbeeld een stuk verder dan een eenmalige (relatief lage) boete. Op basis van de besproken Europese zaken en de Amerikaanse zaak kan worden geconcludeerd dat gezondheidsrecht en grondrechten veel belang hechten aan bescherming (van kwetsbare groepen) en solidariteit. Dit leidt ertoe dat landen, zoals bij de uitbraak van een infectieziekte, een belangenafweging mogen maken, waarbij individuele belangen van zorgmedewerkers ondergeschikt kunnen zijn aan het collectieve gezondheidsbelang. In de Nederlandse context hebben we gezien dat de discussie aangaande de vaccinatieplicht voor zorgpersoneel een terugkerend karakter heeft en zich aldus niet beperkt tot covid-19. Eveneens is gebleken dat de totstandkoming van een vaccinatieplicht voor een belangrijk deel afhangt van de politieke besluitvorming. Tegelijkertijd toont het nog altijd vrijwillige karakter van het RVP aan dat Nederland keuzevrijheid prefereert boven vaccinatiedrang of -dwang. Dat besmettingen onder zorgmedewerkers bijdragen aan de personeelskrapte op de arbeidsmarkt speelt thans nog geen rol. Hoewel wij het niet aannemelijk achten dat er binnen afzienbare tijd een vaccinatieplicht voor zorgpersoneel komt in Nederland, sluiten wij dit ook niet uit. Immers kent de Nederlandse wet reeds een mogelijkheid tot verplichte vaccinatie voor de beroepsgroep van militairen. Mocht ons land in de toekomst overgaan tot een vaccinatieplicht voor zorgpersoneel, ligt het – gezien de huidige publiek- en privaatrechtelijke ruimte – voor de hand dat de wetgever, anders de werkgever, hierin het voortouw neemt. Daarbij moet onzes inziens maximaal rekening worden gehouden met zorgpersoneel met medische

contra-indicaties alsook met (religieuze) gewetensbezwaren, mits hierdoor geen gevaren voor anderen ontstaan en dit praktisch uitvoerbaar is.