

De afweging van grondrechten in het kader van corona

mr. drs. A.F. Fernhout en mr. drs. J.I. Krikke¹

COVID-19 heeft de maatschappij voor dilemma's geplaatst bij de afweging van volksgezondheid en bescherming van kwetsbaren tegenover vrijheden van het individu. In dit artikel schetsen we de onderliggende rechten en vrijheden die vastgelegd zijn in het Europese grondrechtenkader, de Algemene Verordening Gegevensbescherming en nationale arbeidswetgeving en gaan we in op de vraag hoe deze tegen elkaar moeten worden afgewogen in de context van corona maatregelen.

1. Introductie

In een recent artikel in de Franse krant *Le Monde*² sprak de Franse president Macron zich uit over ongevacceerde landgenoten. Hij merkte op dat zij een "immens morele fout maken" door de vrijheden van anderen te bedreigen en dat hij zelf "veel zin heeft om ze te kwaad te maken." In de commotie die ontstond over zijn uitspraken, lichtte Macron toe dat hij hiermee het belang wilde benadrukken van de Franse vaccinatiestrategie en zijn verantwoordelijkheid om gevaccineerde Franse burgers zo veel mogelijk te beschermen. Minister Hoekstra van Buitenlandse Zaken merkte na Kamervragen over de kwestie op dat het nemen van buitengewone maatregelen door een overheid in het kader van de bestrijding van COVID-19 geoorloofd en soms zelfs noodzakelijk kan zijn vanuit het oogpunt van de bescherming van de volksgezondheid.³

COVID-19 heeft de maatschappij voor dilemma's geplaatst bij de afweging van volksgezondheid en bescherming van kwetsbaren tegenover vrijheden van het individu. Ook op de werkvloer worden werkgevers geconfronteerd met soortgelijke dilemma's. In dit tijdschrift bespraken we al eerder de hachelijke positie van werkgevers die hun verplichting willen naleven om de gezondheid van hun werknemers te beschermen, maar tegelijkertijd de privacy van de werknemer moeten waarborgen. We bespraken dit in de context van alcohol- en drugstesten op de werkvloer en de eerste fase van de corona pandemie.⁴ In een poging om aan hun verplichtingen onder de Arbeidsomstandighedenwet ("Arbowet") te voldoen

zonder inbreuk te maken op de privacy en lichamelijke integriteit van werknemers, komen werkgevers inmiddels met de meest uiteenlopende en vernuftige oplossingen, variërend van bonussen bij vaccinatie tot (dreiging met) ontslag bij weigering daarvan. In dit artikel schetsen we – vanuit ons privacyrechtelijk perspectief – onderliggende rechten en vrijheden die vastgelegd zijn in het Europese grondrechtenkader, de Algemene Verordening Gegevensbescherming ("AVG") en nationale arbeidswetgeving en gaan we in op de vraag hoe deze tegen elkaar moeten worden afgewogen in de context van corona maatregelen.

2. Conflicterende grondrechten

Er zijn verschillende grondrechten van belang in de context van coronamaatregelen, zoals het recht op zelfbeschikking en lichamelijke integriteit en het recht op gezondheid. Eerst gaan we in op deze grondrechten, die in de discussie rondom corona (kunnen) conflicteren. Daarna gaan we in op mogelijkheden om grondrechten te beperken ten behoeve van andere (grond)rechten, mede aan de hand van relevante rechtspraak.

2.1. Recht op zelfbeschikking en lichamelijke integriteit

Er zijn allerlei grondrechten die in meer of mindere mate het recht op zelfbeschikking over het eigen lichaam en individuele bewegingsvrijheid waarborgen. Zo betreft artikel 22 Grondwet het recht op 'onaantastbaarheid van het lichaam', wat het recht omvat op zelfbeschikking en het recht om het lichaam te vrijwaren van ongewilde invloeden van buitenaf. Artikel 17 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten schrijft voor dat niemand mag worden onderworpen aan willekeurige of onwettige inmenging in zijn privéleven. Artikel 8 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie ("EU-Handvest") formuleert het uitgangspunt dat eenieder recht heeft op bescherming van persoonsgegevens. Artikel 3 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden ("EVRM") biedt een-

1. Frederiek Fernhout en Judica Krikke zijn beiden advocaat bij Stibbe te Amsterdam.
2. C. Gatinois, 'Covid-19: L'offensive réfléchie d'Emmanuel Macron contre les non-vaccinés', *Le Monde* 5 januari 2022.
3. *Kamerstukken II* 2021/22, 1128217344, nr. 42, p. 2.
4. A.F. Fernhout & J.I. Krikke, 'Waarom alcohol- en drugstesten niet verboden is op grond van de AVG', *TAC* 2019, Afl. 2, p. 42-47, A.F. Fernhout & J.I. Krikke, 'Actualiteit – Over temperaturen ten tijde van Corona', *TAC* 2020, Afl. 2, p. 99-100.

ieder het recht op lichamelijke en geestelijke integriteit en artikel 3 een recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven. Al deze grondrechten richten zich in beginsel tot lidstaten, althans de Staat, in hun verhouding tot burgers. Een aantal grondrechten kunnen echter directe⁵ en indirecte horizontale werking hebben in privaatrechtelijke verhoudingen, zoals het recht op privacy.⁶ Bij indirecte horizontale werking houdt de (nationale) rechter rekening met de inhoud en strekking van grondrechtelijke bepalingen, waarbij met name ruimte is bij de invulling van open normen, zoals 'goed werkgeverschap'. Op die manier wordt de interpretatie van de open norm ingekleurd door het grondrecht.⁷

Ook in de arbeidsverhouding kunnen de internationale mensenrechtenverdragen invloed hebben.⁸ Werkgevers dienen werknemers veiligheid en gezondheid te bieden, maar moeten tegelijkertijd ook de fundamentele vrijheden van hun werknemers op de werkvloer respecteren. In dat spectrum kunnen zich botsingen voordoen en precies daarom is het zo lastig om te bepalen welke coronamaatregelen wel of juist niet kunnen of moeten worden opgelegd. Grondrechten zijn naar hun aard niet absoluut, een belangrijke nuance die in het publieke debat weleens wil sneuvelen. Het ene recht is ook niet van hogere orde dan het ander. Privacy gaat niet voor volksgezondheid, noch voor de vrijheid van de ander. Zoals voormalig minister de Jonge van Volksgezondheid stelde tijdens de persconferentie waarin de keuze voor het vaccinatiepaspoort werd toegelicht: 'Ieder voor zich is geen samenleving. Keuzes hebben consequenties. Vrijheid is nooit onbegrensd.'⁹ Er kunnen omstandigheden zijn die vergen dat een grondrecht *mag* of zelfs *moet* worden beperkt, bijvoorbeeld ten gunste van de volksgezondheid in het algemeen of van rechten en vrijheden van andere individuen. De pandemie maakt meer dan ooit duidelijk dat de vrijheid van de een om te gaan en staan waar hij wil de vrijheid van de ander kan bedreigen.

-
5. In Nederland wordt doorgaans geen directe horizontale werking toegekend aan grondrechten, zie ook Asser/Hartkamp 3-I* 2019/227; vgl. HR 1 juli 1997, NJ 1997/685. In de literatuur wordt wel aangenomen dat grondrechten directe doorwerking kunnen hebben in bijvoorbeeld de arbeidsrelatie, zodat werknemers een grondrecht direct tegen zijn werkgever kan invoeren, zie onder andere M.G. Rood, 'Over grondrechten in dienstbetrekking en hun grenzen', in: P.B. Cliteur & A.P.J.M. Vonken (red.), *Doorwerking van mensenrechten*, Groningen: Wolters Noordhoff 1993.
 6. Zie onder andere: EHRM 25 juni 1997, NJ 1998, 506 (*Halford*), EHRM 3 april 2007, JAR 2007, 233. (*Copland*), EHRM 23 september 2010, EHRC 2010, 138 (*Obst*), EHRM 23 september 2010, EHRC 2010, 139 (*Schüth*).
 7. A. van der Kruk, M.E.A. Möhring, GS Verbintenisrecht, art. 6:2 BW, aant. 1.7.2.
 8. Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/1.3. In 2007 heeft het Hof van Justitie van Aruba geoordeeld dat een werknemer de grondrechten aangaande de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam en de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer direct kon invoeren tegen haar werkgever, zie HR 14 september 2007, NJ 2008/334, m.nt. E. Verhulst, r.o. 3.4.2. (*Dirks/Hyatt I*).
 9. Letterlijke tekst persconferentie minister-president Rutte en minister De Jonge, 14 september 2021.

2.2. Recht op gezondheid

EU-lidstaten hebben bepaalde verplichtingen om maatregelen te nemen ter bescherming van de volksgezondheid, zo betoogde ook minister Hoekstra.¹⁰ Zij moeten epidemieën zoveel mogelijk voorkomen¹¹ en moeten het recht op gezondheid van eenieder garanderen.¹² In de Grondwet is opgenomen dat de overheid maatregelen moet nemen ter bevordering van de volksgezondheid.¹³ In het EU-Handvest – juridisch bindend voor de lidstaten wanneer zij EU-recht ten uitvoer leggen¹⁴ – is het recht van iedere werknemer op gezonde, veilige en waardige arbeidsomstandigheden opgenomen.¹⁵ Daarnaast vormt het Verdrag van Nice het uitgangspunt voor de inspanningen van de EU ter verbetering van het werkmilieu, met als uiteindelijk doel de bescherming van de gezondheid en veiligheid van werknemers.¹⁶ In dat kader is de Europese Kaderrichtlijn veiligheid en gezondheid voor werknemers op het werk (hierna: "Kaderrichtlijn") opgesteld, geïmplementeerd in Nederland door de Arbwet.¹⁷ Zorgen voor volksgezondheid is dus een plicht voor lidstaten en voor werkgevers, in het verlengde van het recht van een ieder op gezondheid (szorg).

2.3. Bij wet voorzien

Een besluit tot inperking van een in het EVRM vastgelegd grondrecht mag niet licht worden genomen. In ieder afzonderlijk geval moet worden afgewogen of een inbreuk op een grondrecht gerechtvaardigd is, waarbij i) bekeken moet worden of de inmenging bij wet is voorzien en ii) een belangenafweging dient te worden gemaakt die moet worden getoetst aan de beginselen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit.¹⁸

'Bij wet voorzien' vergt dat de aangevochten maatregel een basis in de nationale wetgeving moet hebben en in overeenstemming moet zijn met de vereisten van de rechtsstaat.¹⁹ Volgens vaste rechtspraak van het EHRM hoeft er geen sprake te zijn van een wet in formele zin, maar moet de vraag of een inbreuk 'bij wet is voorzien' materieel worden uitgelegd: er kan

-
10. *Kamerstukken II* 2021/22, 1128217344, nr. 42, p. 2.
 11. Artikel 11 Europees Sociaal Handvest, Turijn, 18 oktober 1961.
 12. Artikel 12 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, New York, 16-12-1966.
 13. Artikel 22 Grondwet.
 14. Artikel 6 VWEU.
 15. Artikel 31 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.
 16. Artikel 37 Verdrag van Nice, het huidige artikel 153 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.
 17. M. Fogteloo, 'Het coronapaspoort. 'Grondrechten zijn niet absoluut'', *De Groene Amsterdam* nr. 38 22 september 2021.
 18. Artikel 8 lid 2 EVRM, EHRM 7 november 2002, nr. 58341/00 (*Madsen*), EHRM 9 maart 2004, nr. 46210/99 (*Wretlund*).
 19. RvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1420, par. 10.

aan dit vereiste worden voldaan door een algemeen verbindend voorschrift of zelfs rechtersrecht, mits voldoende toegankelijk en voorzienbaar.²⁰ Vaag geformuleerde normen, zoals 'goed werkgeverschap', moeten geconcretiseerd worden. De Raad van State onderschreef deze uitleg toen het moest oordelen of de verwerking van persoonsgegevens bij het gebruik van afvalpassen door de gemeente Arnhem in overeenstemming was met de AVG en het EVRM, en of die taak van algemeen belang in een formele wet moest staan. Hierin oordeelde de Raad dat niet voor elke afzonderlijke verwerking specifieke wetgeving vereist is en dat kan worden volstaan met wetgeving die als basis fungeert voor meerdere verwerkingen: "Die wetgeving moet duidelijk en nauwkeurig zijn en de toepassing daarvan moet voorspelbaar zijn voor degenen op wie deze van toepassing is. Uit deze overwegingen volgt niet dat de noodzaak voor de verwerking moet voortvloeien uit een wet in formele zin, zoals appellants betoogt." De Wet milieubeheer, het daaruit voortvloeiende Landelijke Afvalbeheerplan, en het daarop gebaseerde gemeentelijke afvalplan was voor de Raad van State voldoende om van een wettelijke grondslag te spreken.²¹

In Europese en Nederlandse jurisprudentie is het vereiste van wettelijke grondslag ook specifiek getoetst voor verplichte coronatests en voor vormen van verplicht vaccineren, met wisselende interpretaties. Zo heeft de rechtbank Noord-Holland zich recent uitgesproken over een geval waarin een psychiatrische patiënte tegen haar wil een coronatest werd opgelegd. De vrouw vorderde hierop een schadevergoeding wegens schending van haar lichamelijke integriteit. De rechtbank overwoog dat er inderdaad sprake is van een ernstige schending van de lichamelijke integriteit van de vrouw en dat een uitdrukkelijke wettelijke basis ontbrak: de opgevoerde combinatie van wettelijke grondslagen²² werd als niet toereikend en dus niet afdoende beoordeeld. De vrouw werd een schadevergoeding van 200 euro toegekend.²³

In de Tsjechische zaak *Vavricka vs. Tsjechië* heeft het EHRM zich gebogen over de vraag of verplichte vaccinatie van kinderen voor negen verschillende ziektes in strijd is met artikel 8 EVRM. Het Hof oordeelde in deze zaak dat het belang van de volksgezondheid, de veiligheid van de bevolking en het bereiken van

groepsimmuniteit via het vaccinatieprogramma een inbreuk rechtvaardigden op de mensenrechten in een democratische samenleving, wat door het Hof in samenhang wordt gezien met een notie van 'sociale solidariteit';²⁴ het genot van individuele rechten is daaraan (deels) ondergeschikt gemaakt. Hoewel klagers betoogden dat het Hof specifieke formele eisen moet stellen aan de totstandkoming van een wet, wijst het Hof op vaste rechtspraak van het EHRM waaruit volgt dat de vraag of een inbreuk bij wet is voorzien vanouds materieel wordt uitgelegd.²⁵ De wetgeving waarop de Tsjechische vaccinatieplicht is gebaseerd, een combinatie van regels uit de Tsjechische Public Health Protection Act en lagere regelgeving, werd door het Hof beoordeeld als voldoende "bij wet voorzien".

In coronacontext is ook van belang dat het Hof overwoog dat niet alleen het vaccineren zelf een schending oplevert van de lichamelijke integriteit, maar dat ook negatieve gevolgen van een vaccinatieweigering tot zo'n schending kunnen leiden. Oftewel, ook beperking van bewegingsvrijheid als gevolg van een vaccinatieweigering, of de plicht te moeten zelftesten wanneer men niet is gevaccineerd, kan in beginsel een inbreuk op het grondrecht betekenen. Of zo'n inbreuk gerechtvaardigd is, dient dus langs de meetlat van "bij wet voorzien" en de beginselen van noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit te worden getoetst.

In de literatuur is erop gewezen dat de uitspraak van het EHRM van belang kan zijn voor de arbeidsrechtpraktijk.²⁶ Hoewel algemeen wordt aangenomen dat er geen wettelijke grondslag is op grond waarvan werkgevers vaccinatie kunnen opleggen aan hun personeel, zou de uitspraak ruimte kunnen creëren voor arbeidsrechtelijke sancties, zoals schorsing of ontslag wanneer een werknemer weigert om zich te laten vaccineren onder bepaalde omstandigheden. Een weigering tot uitvoering van een op zichzelf redelijke opdracht kan een dringende reden voor ontslag zijn, indien de werknemer niet vóór of ter gelegenheid van de weigering de gronden voor zijn verhindering aan de werkgever heeft laten blijken.

3. Verhouding grondrechten/AVG

Naast een afweging van grondrechten, dienen werkgevers ook rekening te houden met de AVG zodra er in het kader van coronamaatregelen persoonsgegevens worden verwerkt. De AVG bevat veel open normen, die onder meer ruimte laten voor een afweging van (grond)rechten van betrokkenen in concrete gevallen. In abstracte zin vormt de AVG ook al een afweging van grondrechten, waarbij een zekere ruimte tot nadere invulling wordt geboden aan de lidstaten. Op dat kader gaan we hierna nader in.

20. Rb. Den Haag 5 maart 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1878; ECHR, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, 2021, p. 10, www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf (laatst geraadpleegd 18 februari 2022).

21. RvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1420, par. 10.

22. De instelling heeft het uitvoeren van de test gestoeld op artikel 3:2 van de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg, waarin is opgenomen dat verplichte zorg mag worden opgelegd, zoals het toedienen van medicatie of het verrichten van medische handelingen, bij de behandeling van een psychische stoornis of somatische aandoening.

23. Rb. Noord-Holland 16 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1269.

24. EHRM 3 juni 2021, nr. 47621/13 (*Vavricka vs. Tsjechië*), par. 279 en par. 306.

25. EHRM 3 juni 2021, nr. 47621/13 (*Vavricka vs. Tsjechië*), par. 87.

26. JAR 2021/126, mn. D. Schwartz.

3.1. AVG en grondrechten: EU-perspectief

In de AVG zijn de in het Handvest neergelegde grondrechten meegewogen.²⁷ De AVG voorziet dus al in een belangenafweging tussen het privacybelang en die grondrechten. Daarnaast wordt ruimte geboden aan lidstaten om een afzonderlijke weging van grondrechten te maken. Zo is de belangenafweging zoals deze is vervat in artikel 8 EVRM terug te vinden in de noodzakelijkheidseis van de vereiste grondslag voor het verwerken van persoonsgegevens en in de ruimte die aan lidstaten is gelaten bij de invulling van de uitzonderingsgronden voor het verwerken van bijzondere categorieën van persoonsgegevens, zoals gezondheidsgegevens. Lidstaten kunnen daar nadere regels voor opstellen. Nederland heeft echter niet altijd, of niet uitdrukkelijk, gebruik gemaakt van de door de AVG geboden ruimte, met name ook niet waar het de verwerking van persoonsgegevens betreft in het kader van de arbeidsverhouding en ten behoeve van de volksgezondheid. De UAVG laat verwerking van gegevens die de gezondheid van een persoon betreffen, slechts toe indien de verwerking noodzakelijk is ter voldoening aan een volkenrechtelijke verplichting, bijvoorbeeld een verdrag.²⁸ De Raad van State heeft destijds aangeraden de memorie van toelichting bij de UAVG aan te vullen en het wetsvoorstel zo nodig aan te passen om nadere regels te stellen in het kader van de arbeidsverhouding en de volksgezondheid, maar dit advies heeft de Nederlandse wetgever niet ter harte genomen.²⁹ De daaraan ten grondslag liggende keuze licht de wetgever toe door te stellen dat ernaar gestreefd is een beleidsneutrale invulling te geven aan de ruimte die de AVG biedt.³⁰ Het is niet mogelijk, zo stelt de wetgever, een complete inventarisatie te doen omdat de toekomstige ontwikkelingen niet te overzien zijn en omdat over het al dan niet invullen van ruimte die de AVG aan de nationale wetgever laat in de toekomst een nieuwe afweging moet worden gemaakt waarvoor de wetgever omwille van de zorgvuldigheid de tijd wil kunnen nemen.³¹

Over de keuze geen nadere invulling te geven aan gegevensverwerking in het kader van de arbeidsverhouding, zegt de wetgever dat bestaande beginselen, zoals neergelegd in artikel 8 EVRM, ter invulling van de door het privaatrecht gereguleerde relatie tussen

de werkgever en de werknemer, waaronder de normen van goed werkgeverschap en goed werknemerschap, voldoende aanknopingspunten bieden. "Deze abstracte normstelling is van belang omdat de relatie tussen werkgever en werknemer een open karakter heeft, en bovendien toekomstbestendig dient te zijn omdat technologische ontwikkelingen op de werkvloer die van invloed zijn op de privacy van werknemers ook onder de algemene normen vallen."³² De wetgever lijkt dus oog te hebben voor de noodzaak van een abstracte normstelling, met ruimte voor interpretatie, zowel op het gebied van volksgezondheid als de arbeidsverhouding.

3.2. Wettelijke Basis

De Autoriteit Persoonsgegevens ("AP") ziet deze ruimte voor interpretatie in arbeidsverhoudingen niet. De toezichthouder stelt dat het verwerken van gezondheidsgegevens slechts is toegestaan in situaties die stuk voor stuk specifiek bij wet geregeld zijn. De Arboret kwalificeert volgens de AP expliciet niet als een zodanige rechtsbasis.³³ Dit standpunt van de toezichthouder brengt met zich mee dat bij iedere verwerking van bijzondere categorieën van persoonsgegevens die nog niet specifiek geregeld is bij wet, een nieuwe wet zal moeten worden opgesteld.³⁴ Omdat verwerking van persoonsgegevens in zoveel verschillende situaties kan voorkomen, is dit in feite een niet hanteerbaar systeem.³⁵ In de AVG zijn ruime en abstracte begrippen opgenomen, juist om ruimte te bieden aan de constante veranderingen die de vergaande digitalisering van de samenleving met zich meebrengt. De wegingselementen die de AVG voorschrijft, bieden ruimte om in uitvoeringswetgeving, jurisprudentie en richtlijnen van de toezichthouder een duidelijk kader te scheppen langs welke lat een beoordeling zal plaatsvinden en zo in individuele gevallen steeds maatwerk te kunnen bieden.

Wat "bij wet voorzien" betekent, werd in een andere context door de Hoge Raad recent ook nog anders uitgelegd. Het betrof daar een botsing van het grondrecht op bescherming van (intellectuele) eigendom versus het grondrecht op bescherming van persoonsgegevens en privacy van de internetgebruikers.³⁶ In deze kort-geding procedure draaide het om

27. Randnummer 1-4 preambule AVG.

28. Art 23a UAVG.

29. Kamerstukken II 2017/18, 34 851, nr. 4, 10 oktober 2017, Voorstel van wet houdende regels ter uitvoering van Verordening (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 Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming) (PbEU 2016, L 119) (Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming, "UAVG").

30. Kamerstukken II 2017/18, 34 851 nr. 3, p. 36 (MvT), par. 2.4.

31. Kamerstukken II 2017/18, 34 851, nr. 4, p. 5.

32. Kamerstukken II 2017/18, 34 851, nr. 4, p. 5.

33. Zie ook: A.F. Fernhout & J.I. Krikke, 'Waarom alcohol- en drugstesten niet verboden is op grond van de AVG', TAC 2019, Afl. 2, p. 42-47.

34. Hoewel dit standpunt door de AP is ingenomen in het kader van alcohol- en drugstesten, ligt dit voor testen op corona niet wezenlijk anders, zo stelt ook de rechtbank Amsterdam, Rb. Amsterdam 14 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7321, par. 6.

35. A.F. Fernhout & J.I. Krikke, 'Waarom alcohol- en drugstesten niet verboden is op grond van de AVG', TAC 2019, Afl. 2, p. 42-47, A.F. Fernhout & J.I. Krikke, 'Actualiteit – Over temperaturen ten tijde van Corona', TAC 2020, Afl. 2, p. 99-100.

36. HR 25 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:985.

de vraag of een internet serviceprovider verplicht kan worden aan de rechthebbende op IE-rechten de NAW-gegevens te verstrekken die achter de IP-adressen zitten van waaraf films illegaal gedownload zijn. De Procureur-Generaal ging in dit verband dieper in op artikel 5 e-Privacyrichtlijn. Dit artikel verplicht internet serviceproviders betrouwbaar om te gaan met hun klantgegevens, tenzij doorgeven van gegevens specifiek bij wet is toegestaan.³⁷ In de vakliteratuur werd betoogd dat door de komst van deze richtlijn eerdere jurisprudentie waarin artikel 6:162 BW gebruikt wordt als algemene grondslag voor onrechtmatigheid van het publiceren van informatie, achterhaald zou zijn.³⁸ De Hoge Raad ging hier echter niet in mee:

"Dat in de rechtspraak van het Hof van Justitie de eis wordt gesteld dat een bevel tot verstrekking van persoonsgegevens is gebaseerd op een "nationale wettelijke regeling", impliceert niet dat er een specifieke nationale wetsbepaling dient te zijn die regelt onder welke voorwaarden een access provider klantgegevens moet verstrekken aan een IE-rechthebbende. Een algemene grondslag zoals art. 6:162 BW kan evenzeer als 'nationale wettelijke regeling' gelden, mits die kan worden uitgelegd en toegepast op een wijze die verenigbaar is met de toepasselijke Unierechtelijke regelgeving (waaronder de e-Privacyrichtlijn en de AVG) en met de grondrechten (met name art. 8 EVRM en de art. 7 en 8 Handvest)."³⁹

Nederlandse en Europese jurisprudentie bieden dus ruimte. Stel nu dat zou worden aangenomen dat artikel 3 Arbowet voldoende wettelijke basis biedt voor verwerking van gezondheidsgegevens van werknemers, is het hek dan van de dam en kunnen werkgevers vanaf dat moment vrijelijk grondrechten van hun werknemers beperken? Zeker niet. Nog steeds geldt immers de eis - voortvloeiend uit het vereiste van "bij wet voorzien" - dat er wel een duidelijk kader dient te zijn voor de grenzen van rechten en vrijheden op de werkvloer en er zal steeds moeten worden getoetst aan de eisen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. Er is het recht, én de specifieke casus waarop dat recht wordt toegepast.

3.3. Verkenning in de context van corona

Voor sommige coronamaatregelen ligt het zeer voor de hand dat die nooit (door werkgever of overheid) genomen kunnen worden zonder specifieke wettelijke basis, als ze al genomen kunnen worden. Voorbeelden zijn een vaccinatieplicht of een algemene verplichting tot het tonen van een coronatoegangsbewijs op openbare plekken. Momenteel ligt een wetsvoorstel in behandeling bij de Tweede Kamer, dat een specifieke wettelijke verplichting in het leven moet roepen om het coronatoegangsbewijs (in sommige gevallen) op de werkvloer en bij het bezoeken van andere locaties in te zetten: het wetsvoorstel 'Tijdelijke wet verbreding inzet coronatoegangsbewijzen'.⁴⁰ Voor andere situaties volstaat een minder specifieke basis misschien wel. In dat kader bespreken we hieronder de huidige (on)mogelijkheden voor de werkgever om bepaalde maatregelen in te zetten.

3.3.1. Check QR-code door werkgever

Bij iedere maatregel, zoals ook wanneer de werkgever de coronapas zou hanteren om de veiligheid van werknemers te garanderen, zal de vraag moeten worden gesteld of de controle van de QR-code noodzakelijk is gezien de omstandigheden en of er met minder vergaande maatregelen niet hetzelfde resultaat kan worden bereikt. Die noodzaak ligt natuurlijk ook in de effectiviteit van de vaccinaties met betrekking tot de besmettingsgraad, net zoals eerder door de AP werd benadrukt dat de effectiviteit en daarmee de waarde van temperatuurmetingen van belang is bij het bepalen van de rechtmatigheid van temperaturen.⁴¹ De noodzaak zal dus altijd gestaafd moeten worden door de stand van de huidige wetenschap en de ontwikkelingen in de bestrijding van verschillende vormen van het virus.⁴² Daarnaast dient de inbreuk op de privacy van werknemers zo veel mogelijk te worden beperkt, door bijvoorbeeld informatie niet te registreren of documenteren. Ons komt voor dat – het bovenstaande in ogenschouw genomen – het controleren van een QR-code dan gerechtvaardigd kan zijn.

De rechtbank Amsterdam heeft bevestigd dat het slechts moeten *meedelen* aan de werkgever wat de

37. Artikel 5 e-Privacyrichtlijn is (laattijdig) omgezet in art. 11.2a Telecommunicatiewet.

38. Vgl. S.H. Kingma, 'De botsing tussen IE-rechten en privacyrechten. Het einde van het Lycos/ [...] -tijdperk', *P&I* 2012-4, p. 170 e.v. en E.J. Dommering, 'De zaak Scarlet/Sabam – naar een horizontale integratie van het auteursrecht', *AMI* 2012, afl. 2, p. 53 e.v. Vgl. de noot van J.G. Reus bij het bestreden arrest, *Jurisprudentie Bescherming Persoonsgegevens* 2019, afl. 6, p. 872.

39. HR 25 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:985, par. 3.35.

40. Op 22 november 2021 is het wetsvoorstel 'Tijdelijke wet verbreding inzet coronatoegangsbewijzen' ingediend en het bevindt zich in de voorbereidende fase.

41. 'Temperaturen tijdens corona', autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/onderwerpen/corona/temperaturen-tijdens-corona (laatst geraadpleegd 25 februari 2022).

42. Zo lijken – gezien de huidige stand van zaken omtrent de omikron-variant – diegenen die zich tijdens de eerste coronagolven besloten zich niet te laten vaccineren eerder in strijd te handelen met het algemeen belang van volksgezondheid, dan diegenen die nu een prik weigeren, waardoor bepaalde maatregelen minder proportioneel kunnen blijken.

uitslag van een test is, niet valt onder de werksfeer van de AVG.⁴³ Over de scan zelf oordeelde de AP aanvankelijk resoluut dat dit niet kon omdat er daarbij sprake is van een verwerking van gezondheidsgegevens.⁴⁴ De suggestie dat er gezondheidsgegevens worden verwerkt, is echter kwetsief. Het enige dat men weet als iemand een werkende pas heeft, is dat de persoon in kwestie ófwel is gevaccineerd, ófwel zich recent heeft laten testen, ófwel is hersteld van corona. Men zou kunnen beargumenteren dat het al dan niet groen of rood worden van de QR-code scanner niet direct iets zegt over iemands gezondheid.⁴⁵ Het vervolgens elektronisch verwerken van uitkomsten, of het niet hebben van een coronapas of weigeren van maatregelen valt in ieder geval binnen het bereik van de AVG.

3.3.2. Ontslag op staande voet

Wil een werknemer zich niet laten vaccineren, dan kan de werkgever vragen om een wekelijkse zelftest te doen en de uitslag door te geven. Wanneer een werknemer dit vervolgens weigert, kan de werkgever overgaan tot ontslag, zoals de Amsterdamse rechtbank laatst oordeelde over een danser in een Amsterdams dansgezelschap. De rechtbank stelde dat in deze specifieke situatie - de danser kan onvoldoende afstand houden van andere dansers - er geen andere mogelijkheid is dan het regelmatig verplicht stellen van testen om een zo veilig mogelijke situatie op de werkvloer te creëren. De werkgever vraagt om zelftesten, waardoor deze volgens de rechtbank zo veel mogelijk de inbreuk op het recht van lichamelijke integriteit van de danser minimaliseert. De rechtbank weegt ook mee dat de danser een prominente rol heeft in het gezelschap waardoor het moeilijk en kostbaar is een vervanger te regelen. De rechtbank oordeelt in dit geval dat het belang van de werkgever en allen die daarvan afhankelijk zijn zwaarder weegt dan het belang van de individuele danser.⁴⁶ De rechtbank oordeelde meer recent langs dezelfde lijn, dat van een kinderdagopvang, onder meer vanwege bedrijfseconomische- en roostertechnische redenen, niet kan worden verlangd dat het een medewerkster toestaat bij nauw contact of coronaklachten in quarantaine te gaan in plaats van een PCR-test te doen.⁴⁷ Hoewel de instructie om in bepaalde situaties een PCR-test te doen een inbreuk is op de lichamelijke integriteit woog het doel van de

werkgever om een veilige (werk)omgeving te scheppen zwaarder en was ontslag gerechtvaardigd. In andere omstandigheden – bijvoorbeeld wanneer de werknemer voldoende afstand kan houden op werk – kan deze belangenafweging in het voordeel van de werknemer uitvallen.

3.3.3. Vaccinatie

Verplichte vaccinatie op de werkvloer, opgelegd door de werkgever, voldoet wat ons betreft zeker niet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Verplicht vaccineren is een stevige inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht waarbij de waarborgen van duidelijk regelgevend kader en de toetsing aan beginnelen dus ook des te zwaarder zal uitvallen. Vooral nog is een minder ingrijpende maatregel ook steeds voorhanden, bijvoorbeeld in de vorm van verplicht (zelf)testen om veiligheid om de werkvloer te borgen. Ook hier geldt echter dat aan niet vaccineren wel gevolgen kunnen worden verbonden en die gevolgen een inbreuk op grondrechten kunnen opleveren. Per geval moet worden afgewogen welk grondrecht prevaleert. De stelling van Macron dat ongevaccineerden individueel een "immens morele fout" maken onderschrijven wij niet. In de afweging van het publieke belang van volksgezondheid en het individuele recht op gezondheid versus het individuele belang van integriteit van het lichaam, kan de morele keuze niet bij het individu liggen en ook niet bij een individuele werkgever. Soms mag en moet de Staat het algemene belang dienen en keuzes maken ten koste van het individu. Het recht bestaat daarentegen ook om het individu te beschermen tegen maatschappelijke druk. Zoals Maxim Februari mooi formuleerde: in een democratie kan een meerderheid zichzelf niet vanzelf meer rechten toekennen dan de minderheid en "[r]echt op integriteit van het lichaam is niet zomaar een grondrecht dat we hooguit meesmuilend, met rollende ogen, toestaan aan mensen die niet goed bij hun hoofd zijn".⁴⁸ Als democratische gemeenschap zouden wij een immens morele fout maken wanneer wij niet de mogelijkheid bieden om – voor ieder individueel geval – een belangenafweging te maken.

4. Tot slot

Zowel binnen het Europeesrechtelijke en Nederlandse grondrechtenkader als onder de AVG, blijkt er ruimte te zijn om tot de meest uiteenlopende conclusies te komen over welke coronamaatregelen werkgevers wel of niet mogen of zelfs moeten opleggen. Hoewel het recht op lichamelijke integriteit een Europese notie is, wordt het in verschillende landen op verschillende manieren ingevuld door rechters en toezichthouders, gekleurd door de nationale geschiedenis van het recht, de volksaard en culturele

43. Rb. Amsterdam 14 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7321, par. 9.

44. 'Vaccinatie tegen corona', autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/onderwerpen/corona/vaccinatie-tegen-corona (laatst geraadpleegd 28 februari 2022).

45. Zie ook de uitspraak van de hoogste Italiaanse bestuursrechter die deze lijn volgt: Council of State, Sec. III, Order no. 5130 of 17 September 2021.

46. Rb. Amsterdam 14 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7321, par. 10.

47. Rb. Amsterdam 10 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:418, par. 23.

48. M. Februari, 'Wees héél voorzichtig met vrijheid, alsjeblieft', *NRC Handelsblad* 30 november 2021.

waarden, zoals de kijk op wat individuele vrijheid precies betekent. Zo is bijvoorbeeld in slechts twaalf van de EU-landen vaccinatie van kinderen tegen bepaalde ziekten verplicht. In Frankrijk werd het begrip lichamelijke integriteit ingevuld met een nadruk op lichamelijke waardigheid. In Duitsland begint het Grundgesetz met bepalingen over bescherming van de menselijke waardigheden en de menselijke persoon en oordeelde de Duitse rechtbank in 2012 dat het recht op lichamelijke integriteit van een kleine jongen zwaarder woog dan de rechten in het kader van religie van zijn moslimouders.⁴⁹ Daar waar het ene land vaccinatie zonder pardon verplicht, zal het andere land als meest vergaande maatregel een toegangspas invoeren, dit alles gebaseerd op dezelfde Europeesrechtelijke grondrechten. Hoe dan ook zal binnen de context van het eigen rechtstelsel altijd aansluiting moeten worden gezocht bij het EHRM als hoogste rechter en diens geharmoniseerde Europeesrechtelijke invulling van het begrip wettelijke grondslag en de begrippen noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. Daar bovenop geldt dan dat deze begrippen nooit vastomlijnd zijn. Wat noodzakelijk is en wat voldoet aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, hangt ook af van de omstandigheden en het moment: wat de huidige tijdsgeest is, de huidige stand van de wetenschap en wat er in individuele gevallen aan andere oplossingen is. Daarmee kan een noodmaatregel op een moment van zeer grote onzekerheid te rechtvaardigen zijn, maar behoud van zo'n regel niet, wanneer minder vergaande maatregelen verantwoord blijken.

Wat we precies als passend zullen aanvaarden in de werksfeer, wat mag en niet mag in welke fase van een pandemie of endemie, zal op basis van individuele toepassingen langzaamaan duidelijk moeten worden. De inrichting van ons rechtssysteem biedt de juiste context om daar te komen.

49. Landesgericht Köln 7 mei 2012, 151 Ns 169/11.