



Interfederaal Gelijkheidscentrum
Centre interfédéral pour l'égalité des chances
Interföderales Zentrum für Chancengleichheit

Recommandation n° 279 du 21 mai 2021¹

Vaccin COVID et discrimination dans le domaine de l'emploi

Résumé

Est-il discriminatoire (au regard des législations antidiscrimination) de refuser l'accès et l'exercice d'un emploi à un travailleur non-vacciné contre le Covid-19 ? Peut-on traiter les travailleurs non-vaccinés moins favorablement, par exemple en leur refusant un travail en présentiel ? Ou, à l'inverse, traiter les travailleurs vaccinés plus favorablement, par exemple en leur accordant un bonus ? Certains travailleurs ne pourront pas se faire vacciner pour des raisons de santé ou ne voudront pas l'être par conviction personnelle. Seront-ils traités différemment pour autant, tout au moins dans certains secteurs professionnels ? Enfin, l'employeur peut-il interroger le travailleur ou le candidat travailleur sur son état de vaccination ?

Cet avis est rendu sur base du contexte sanitaire en vigueur à la date à laquelle il est publié. Il est dès lors important de le lire et de l'interpréter à la lumière de ce contexte, et de tenir compte des évolutions sur les plans de la vaccination, de l'immunité collective, etc.

Nous attirons votre attention sur le fait que dans certaines citations ou dans un souci de lisibilité du texte, les formes masculines « employé », « employeur » et « législateur » ont été utilisées. Néanmoins, avec ces termes, nous nous référons aux deux sexes, hommes et femmes, ainsi qu'aux différentes formes d'identité ou d'expression de genre.

Unia est l'Institution Nationale des Droits de l'Homme belge et l'organe de promotion de l'égalité au regard de la directive européenne 2000/43. Unia est une institution publique indépendante qui lutte contre la discrimination et défend la participation égale et inclusive de tous et toutes dans tous les secteurs de la société. Notre mission est déterminée dans l'accord de coopération entre l'État fédéral, les Régions et les Communautés. Nous sommes aussi le mécanisme indépendant chargé de la promotion, de la protection et du suivi de l'application de la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées.

Unia – 138, rue Royale – 1000 Bruxelles – info@unia.be

¹ L'Accord de coopération du 12 juin 2013, entre l'Autorité fédérale, les Régions et les Communautés, visant à créer un Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations, confère notamment à Unia la mission « d'adresser des avis et recommandations indépendants à tout pouvoir public en vue de l'amélioration de la réglementation et de la législation » (art. 5).

Table des matières

Introduction	2
1 Qu'est-ce que la discrimination?	4
2 La législation antidiscrimination est-elle applicable ?	6
3 De quels comportements discriminatoires peut-il être question et sur base de quels critères ?	7
3.1 <i>Concernant la distinction directe</i>	7
3.2 <i>Concernant la distinction indirecte</i>	7
3.2.1 Le critère du handicap	8
3.2.2 Le critère de la conviction religieuse ou philosophique	8
3.2.3 Le critère de la conviction politique	9
3.2.4 Le critère de l'âge	9
3.2.5 Les critères dits « raciaux »	9
3.2.6 Le critère de l'origine sociale	10
3.2.7 Le critère du sexe	10
3.3 <i>Concernant le refus d'aménagement raisonnable</i>	10
4 Dans quels cas ces mesures distinguant vaccinés et non vaccinés dans l'emploi pourraient-elles être justifiées ?	12
4.1 <i>Légitimité des buts poursuivis</i>	12
4.1.1 L'intérêt collectif et la garantie de continuité du service public	12
4.1.2 La protection des travailleurs	12
4.1.3 La protection des usagers et des clients	13
4.1.4 Organisation du travail et continuité des services privés	13
4.2 <i>La proportionnalité des moyens</i>	13
4.2.1 Moyens appropriés	14
4.2.2 Moyens nécessaires – mesures moins attentatoires?	15
5 Quid des obligations légales de vaccination sur le lieu de travail ?	17
6 Conclusion	20

Introduction

Aujourd’hui, la vaccination contre le Covid-19 n’est pas obligatoire en Belgique. Un employeur ne peut donc pas imposer la vaccination contre le Covid-19 à ses travailleurs, quelle que soit leur profession. Dans la plupart des cas, les employés ne sont par ailleurs pas obligés de communiquer leur statut vaccinal ; un employeur ne peut utiliser les données concernant le statut vaccinal de ses employés que dans le strict respect des conditions prévues par la loi sur la protection des données.²

Depuis le mois de mars 2020, nous sommes confrontés à une crise sanitaire sans précédent. L’introduction de mesures inédites pour faire face à cette crise a suscité une série de débats mettant en lumière des intérêts contradictoires et la mise en balance de différents droits humains, s’avérant dans certaines situations en conflit l’un envers l’autre. Aujourd’hui, de nombreuses questions émergent concernant la campagne de vaccination. En l’absence d’un cadre juridique clair, les employeurs sont dans l’incertitude quant à la manière dont ils sont supposés concilier leurs obligations au regard de la législation sur le bien-être au travail, notamment l’obligation de garantir le bien-être de tous les employés, avec l’interdiction de discrimination. L’employeur est en effet soumis à des obligations très larges en matière de préservation d’un environnement de travail sain. Il est tenu de prendre les mesures appropriées en vue de prévenir raisonnablement tout dommage. La sécurité des clients/patients et du personnel est particulièrement importante dans le secteur des soins de santé. Les employés se posent également de plus en plus de questions : l’employeur a-t-il le droit d’exiger d’eux d’être vaccinés ? Peut-on leur interdire de déjeuner avec leurs collègues vaccinés s’ils ne le sont pas eux-mêmes ? Le législateur étudie la possibilité de faire de la vaccination contre le COVID-19 une obligation légale dans certains secteurs et/ou professions. Qu’est-ce qui est légal ou non dans le cadre de la législation anti-discrimination ?

Le site Internet officiel belge concernant la pandémie de COVID-19³ précise : « *Il est recommandé qu’au moins 70 % des Belges se fassent vacciner pour atteindre une efficacité vaccinale optimale de la population et espérer qu’une immunité de groupe soit ainsi générée. L’immunité de groupe signifie qu’un groupe suffisamment important de personnes a développé une résistance au virus, rendant sa circulation difficile, voire impossible. De cette manière, le virus n’aura plus la possibilité de se propager en masse et de provoquer une grave épidémie avec les mesures de confinement qui l’accompagnent. Et cela protégera également les personnes qui ne peuvent pas recevoir le vaccin (ex. femmes enceintes, patients atteints de cancer qui suivent un traitement lourd ou personnes avec des antécédents allergiques sévères (de type réaction anaphylactique). Si, en revanche, peu de personnes se font vacciner, le virus continuera à se propager et l’immunité de groupe deviendra très difficile. En conséquence, davantage de personnes risqueront d’être infectées. Et cela provoquera une nouvelle épidémie, imposant de mettre en place des mesures de confinement.* »

Compte tenu de l’évolution de la campagne de vaccination, mais aussi du débat public sur le vaccin en Europe et ailleurs, l’adoption d’une législation imposant la vaccination au moins dans certains secteurs ne relève pas du fantasme. Il faut néanmoins rappeler que nul ne sait à ce jour avec certitude dans quelle mesure les vaccins inhibent la transmission du virus et de ses variants ou si malgré l’injection la personne reste contagieuse. Une même incertitude entoure la durée pendant laquelle les vaccins⁴ sont efficaces et leur capacité à faire face aux différentes

² Art. 10 et 11 de la CCT 38 et Art 4(1)^o15 du Règlement UE 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) ; AUTORITÉ DE PROTECTION DES DONNÉES, Traitement de données de vaccination dans le cadre de la lutte contre le Covid-19, mise à jour du 29 janvier 2021, <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/citoyen/themes/covid-19/vaccination>.

³ <https://www.info-coronavirus.be/>

⁴ Dans ce document, nous entendons par « vaccins » les vaccins qui sont actuellement en circulation en Belgique.

mutations du virus (variants).

Les initiatives législatives à venir suscitent des discussions. L'introduction d'une obligation légale d'être vacciné dans certains domaines de la vie sociale soulève des questions d'ordre juridique, éthique et sociétal. A quoi pourrait ressembler un cadre réglementaire qui pourrait justifier des atteintes à la liberté individuelle, à la vie privée et à l'intégrité physique, au secret médical, et défier en même temps le principe d'égalité ?

Ces questions sont d'autant plus complexes au vu de l'enjeu de pouvoir relancer des activités qui sont actuellement suspendues - et qui le resteront tant que la pandémie perdurera. En l'absence d'une obligation de vaccination, les personnes qui ne sont pas vaccinées peuvent-elles empêcher celles qui le sont de reprendre une vie (plus) normale ? Ou bien la vaccination contre le COVID-19 doit-elle être rendue obligatoire au nom du principe d'équité ?

La note qui suit vise d'une part à analyser ces enjeux au regard des législations antidiscrimination et à déterminer dans la situation actuelle les risques qui se posent en terme de violation du principe d'égalité, dans le domaine de l'emploi. D'autre part, il s'agit d'envisager, en vertu des circonstances changeantes, et en particulier en cas d'adoption d'une législation visant à rendre le vaccin obligatoire, les balises à poser afin de concilier les enjeux individuels et collectifs.

1 Qu'est-ce que la discrimination?

Toute différence de traitement ne constitue pas une discrimination au sens de la législation anti-discrimination. La discrimination est le traitement différent d'une personne sur base de caractéristiques personnelles appelées critères protégés, pour lequel il n'existe aucune justification.

La législation belge en matière de non-discrimination fonctionne selon un système fermé dans lequel 19 critères sont légalement protégés. Plus précisément : la prétendue race, la couleur de peau, la nationalité, l'ascendance (origine juive), l'origine nationale ou ethnique, le handicap, la conviction religieuse ou philosophique, l'orientation sexuelle, l'âge, la fortune (ou les ressources financières), l'état civil, les convictions politiques, les convictions syndicales, l'état de santé (actuel ou futur), les caractéristiques physiques ou génétiques, la naissance, l'origine sociale.

L'inégalité de traitement peut prendre différentes formes. Les lois anti-discrimination interdisent différents types de comportement : la discrimination directe, la discrimination indirecte, le harcèlement, l'injonction de discrimination, et le refus d'aménagement raisonnable. En outre, les messages de haine et les crimes de haine contre une personne ou un groupe de personnes sont également visés par la loi.

Pour qu'il y ait discrimination au sens de la législation anti-discrimination, les conditions suivantes doivent être réunies :

- ✓ La situation tombe dans le champ d'application de la loi anti-discrimination ;
- ✓ Il existe un comportement interdit ;
- ✓ Sur la base d'un critère protégé ;
- ✓ Il n'y a pas de justification objective et raisonnable.

Ces conditions sont cumulatives.

Il est important de noter ici que la législation anti-discrimination prévoit qu'il ne peut être question de discrimination lorsqu'une mesure est établie par une autre loi, ordonnance ou décret.⁵

Néanmoins, les citoyens peuvent s'appuyer sur des articles de la Constitution pour contester des lois qui ont des effets discriminatoires. Les articles 10 et 11 de la Constitution belge portent sur les principes d'égalité et de non-discrimination. Une nouvelle loi peut être remise en question à la lumière de ces articles jusqu'à six mois après sa publication au Moniteur belge. Par la suite, une juridiction peut toujours demander à la Cour constitutionnelle, dans le cadre d'une procédure en cours, de revoir la loi à la lumière de ces principes.

Les décisions des autorités ou administrations locales, telles que les ordonnances générales, provinciales ou locales, peuvent être ignorées par le tribunal si elles ne sont pas conformes à la loi. C'est ce que prévoit l'article 159 de la Constitution.

Il existe également des normes et des procédures aux niveaux européen et international qui peuvent être invoqués en la matière. Nous ne développerons toutefois pas ces éléments spécifiques dans le cadre de ce document.

Il découle de ce qui précède qu'un raisonnement juridique différent s'appliquera selon que l'employeur établit de son propre chef ou dans le cadre d'une politique sectorielle une politique de vaccination spécifique (situation actuelle) ; ou que le législateur introduit une obligation générale de vaccination par voie législative (situation potentielle future).

Il existe donc deux cadres légaux différents qui doivent être pris en compte lors de l'analyse d'une situation

⁵ Article 11 de la loi du 10 mai 2007 relative à la lutte contre certaines formes de discrimination.

spécifique :

- Une politique de vaccination imposée par l'employeur :
Aux fins du présent document, une « politique sanitaire basée sur le statut vaccinal » désigne une politique élaborée par l'employeur conformément à ses obligations en matière de bien-être des employés et de sécurité des clients/utilisateurs au travail. Une telle politique peut consister en une ou plusieurs des mesures suivantes : la vaccination obligatoire pour le contact client/patient, l'obligation de respecter d'autres mesures d'hygiène, par exemple : le port d'un masque ffp2, le port d'écrans faciaux en cas de contact direct avec le patient et la consommation séparée des repas et des boissons,...
Ces mesures sont décidées par les employeurs en dehors d'un cadre juridique explicite et doivent être soumises au test de justification prévu par la législation anti-discrimination (une différence de traitement fondée sur un critère protégé n'étant pas considérée comme une discrimination si elle est justifiée valablement au sens de la loi).
- Une vaccination légalement obligatoire :
Dans ce cas, la législation anti-discrimination prévoit qu'il n'y a pas de discrimination au sens légal, mais un examen de compatibilité de l'obligation légale au regard des articles 10 et 11 de la Constitution peut être mené.

Les principes et raisonnements juridiques prévus par la loi anti-discrimination et par les articles 10 et 11 de la Constitution sont mutatis mutandis les mêmes. En vue de faciliter la lisibilité de ce document, nous ferons référence au test tel qu'il est défini dans la législation anti-discrimination dans les deux hypothèses.

2 La législation antidiscrimination est-elle applicable ?

La loi antidiscrimination s'applique notamment aux relations de travail. Selon l'art. 5 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, le champ d'application « relations de travail » recouvre :

les relations qui incluent, entre autres, l'emploi, les conditions d'accès à l'emploi, les conditions de travail et les réglementations de licenciement, et ceci :

- *tant dans le secteur public⁶ que dans le secteur privé ;*
- *tant pour le travail salarié, que pour le travail non salarié, le travail presté dans le cadre de conventions de stage, d'apprentissage, d'immersion professionnelle et de premier emploi ou le travail indépendant ;*
- *à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle et pour toutes les branches d'activité ;*
- *indépendamment du régime contractuel ou statutaire de la personne prestant du travail ;*

Les lois antidiscrimination pourraient donc s'appliquer dans différents cas de figures, tels que :

- le fait de refuser d'engager ou de maintenir au travail les travailleurs, stagiaires ou volontaires non-vaccinés :
 - o dans certains secteurs à forte exposition au virus (hôpitaux, centres de soins résidentiels, établissements pour personnes handicapées, prisons) ;
 - o sur les lieux de travail où la distanciation sociale n'est pas possible (consultations médicales, coiffeurs, kinésithérapeutes, superviseurs et éducateurs avec certains groupes cibles, etc) ;
- le fait d'attribuer des primes aux employés vaccinés ;
- le fait de soumettre les employés non-vaccinés à des mesures d'hygiène plus strictes.

Il faudra, dans l'analyse de la légalité des situations au regard de la législation antidiscrimination, tenir compte du type de secteurs, des particularités des clients/patients, et des particularités des travailleurs. Il faudra par ailleurs, en fonction de chaque cas d'espèce, se référer au texte antidiscrimination fédéral ou aux textes des entités fédérées concernées (par exemple les décrets wallons et flamand et l'ordonnance bruxelloise, pour les situations relatives aux fonctions publiques régionales).

⁶ Voir aussi les décrets et ordonnances pour la fonction publique des entités fédérées.

3 De quels comportements discriminatoires peut-il être question et sur base de quels critères ?

Une politique sanitaire basée sur le statut vaccinal (voir supra, point 1.), ou une obligation légale de vacciner peut donner lieu aux comportements interdits suivants :

Premièrement, il y a distinction de traitement directe lorsque, sur la base d'un critère protégé, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre personne ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable.

Deuxièmement, il sera également question d'une distinction de traitement indirecte. On parle de distinction indirecte lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner pour une personne caractérisée par l'un des critères protégés, un désavantage particulier.

Enfin, il peut y avoir un refus d'aménagement raisonnable. Les personnes en situation de handicap ont légalement droit à des aménagements raisonnables. Le refus d'aménagement raisonnable est une forme de discrimination en soi.

3.1 Concernant la distinction directe

Par "état de santé actuel ou futur", on entend l'état actuel de maladie physique ou mentale diagnostiquée, ou l'état de santé futur ou raisonnablement prévisible.

Lorsque des mesures sont introduites sur la base du statut vaccinal, on part du principe que le risque d'être porteur du COVID-19, et donc le risque de maladie et de contagiosité, dépend de la vaccination. Ainsi, l'état de santé est essentiellement lié au statut vaccinal. En ce sens, l'état de santé présumé du travailleur entraîne donc un traitement différent de celui-ci.

C'est donc sur la base de ce que la mesure vise à atteindre que l'on peut parler d'une distinction directe fondée sur l'état de santé.

De ce qui précède découle un point d'attention qu'il convient d'avoir à l'esprit : si le statut vaccinal est assimilé à l'état de santé, la question se pose de savoir si les personnes vaccinées, en étant traitées de la même manière que les personnes non vaccinées, peuvent également être considérées comme faisant l'objet d'une distinction de traitement sur la base de leur état de santé. La législation anti-discrimination fonctionne en effet dans les deux sens. En outre, selon le principe d'égalité (art. 10 de la Constitution), des personnes se trouvant dans des situations différentes ne devraient pas être traitées de la même manière.

Au niveau d'Unia, nous n'avons aucune expérience d'une telle application de la législation anti-discrimination. Nous sommes d'avis qu'il appartient aux tribunaux de se prononcer sur ce point. Nous constatons également que cette discussion est menée plus largement dans la société, par exemple à propos de l'accès aux biens et aux services. Unia a également publié une note sur ce sujet intitulée "[Vaccination Covid et accès aux biens et services](#)"⁷

3.2 Concernant la distinction indirecte

On parle de distinction indirecte lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est

⁷ Voyez, par exemple, l'avis de Patrick Loobuyck publié dans « De Standaard » : https://www.standaard.be/cnt/dmf20210519_98359526

susceptible d'entraîner pour une personne, caractérisée par l'un des critères protégés, un désavantage particulier. À première vue, une politique d'entreprise qui prévoit l'obligation de se faire vacciner pour tous les employés semble être une règle apparemment neutre et applicable à tous, mais elle est particulièrement désavantageuse pour certains groupes de personnes qui présentent un critère protégé, en particulier :

3.2.1 Le critère du handicap

Dans le contexte juridique antidiscrimination, le handicap est défini comme une :

« limitation de la capacité, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques durables, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs. » (CJUE, 11 avril 2013, C-335/11 et C-337/11, Jette & Ring c. Danemark, rn. 37-39).

En raison de leur handicap ou de leur état de santé, certaines personnes ne peuvent pas se faire vacciner (par exemple, les personnes immunodépressives, les personnes présentant certaines allergies (en raison du risque d'anaphylaxie), les personnes présentant certains problèmes de santé mentale...). Les personnes handicapées peuvent cependant invoquer leur droit à un aménagement raisonnable pour demander une dérogation à une mesure faisant partie de la politique générale de l'entreprise (voir infra, point 3.3.).

3.2.2 Le critère de la conviction religieuse ou philosophique

Certaines objections religieuses ou morales au vaccin pourraient être couvertes par le critère protégé des convictions religieuses ou philosophiques. Ainsi, certaines personnes pourraient motiver le fait qu'elles ne peuvent pas se faire vacciner par le fait que cela entre en conflit avec leurs convictions religieuses. On citera à cet égard le refus de vaccination contre la rougeole opposé par certaines mouvements religieux tels la Fraternité Saint Pie X, au nom de leurs prescrits religieux. Un autre exemple est lié à la gélatine dérivée des porcs qui est parfois utilisée dans des vaccins produits en masse. Cela peut constituer une préoccupation pour les travailleurs musulmans, hindous, végétaliens ou végétariens. Bien qu'il n'y ait pas de gélatine animale dans les vaccins COVID-19 actuellement disponibles, des questions similaires pourraient se poser.

Un certain nombre de personnes sont par ailleurs opposées à la vaccination contre le Covid-19 pour diverses raisons indépendantes d'une croyance religieuse particulière telles que : des doutes sur l'efficacité du vaccin, une crainte de la nocivité du vaccin pour la santé, une suspicion de collusion entre l'Etat et les laboratoires pour contrôler la population, etc. Ces motivations peuvent s'analyser tantôt au regard des convictions philosophiques, tantôt au regard des convictions politiques (voir infra, 3.1.3.).

La Cour européenne des Droits de l'Homme précise qu'une conviction relève du critère de la conviction religieuse ou philosophique si elle :

- est suffisamment forte, sérieuse, cohérente et significative ;
- est l'expression d'une vision cohérente d'un problème fondamental ; et
- ne viole pas les droits fondamentaux d'autrui.⁸

⁸ Pour la Cour, « tous les avis ou convictions n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 9 § 1 de la Convention » et « le terme "pratiques" employé à l'article 9 § 1 ne recouvre pas tout acte motivé ou influencé par une religion ou une conviction » (CEDH, 29 avr. 2002, Pretty c. Royaume-Uni). « Pour qu'une conviction personnelle ou collective puisse relever du droit à la "liberté de pensée, de conscience et de religion", il faut qu'elle atteigne un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance » (CEDH, 25 févr. 1982, Campbell et Cosans c. Royaume-Uni, § 36). Selon la jurisprudence européenne, les convictions sont l' « expression d'une vision cohérente sur un problème fondamental », se différenciant ainsi dans la protection

Nous sommes d'avis que, dans certaines situations, les exemples de croyances cités plus haut pourraient être considérés comme protégés par le critère de la conviction religieuse ou philosophique. Cependant, il appartiendra toujours à un juge de trancher.

3.2.3 Le critère de la conviction politique

On entend par « conviction politique » le fait d'adhérer à un courant de pensée politique, sans pour autant être membre d'un parti politique à part entière. « L'antivaccinisme » contemporain, notamment lorsqu'il repose sur un courant structuré, est principalement de nature économique et politique. Il révèle une méfiance envers l'« Etat Big Brother » et l'industrie « Big Pharma »⁹. On pourrait faire valoir que cela constitue une conviction politique qui donne lieu à une protection juridique contre la discrimination. Il reviendra au juge d'évaluer au cas par cas si l'on se situe au niveau d'une simple opinion répandue dans la population ou d'une véritable conviction de nature ou politique qui donne lieu à une protection légale contre la discrimination.

3.2.4 Le critère de l'âge

L'âge constitue l'un des critères décisifs dans la stratégie de vaccination actuelle. Le gouvernement a décidé de donner la priorité aux personnes âgées pour la vaccination. Comme la « vaccination privée » n'est actuellement pas disponible, les travailleurs qui n'appartiennent pas à un groupe d'âge prioritaire sont désavantagés par rapport à ceux en font partie. Compte tenu de l'accélération de la campagne de vaccination ces dernières semaines, cette distinction ne sera cependant plus pertinente à l'avenir.

Néanmoins, les travailleurs plus jeunes peuvent être plus réticents à se faire vacciner en raison du risque plus faible d'hospitalisation, d'admission en unité de soins intensifs et de décès dû au COVID-19, ainsi que du risque légèrement plus élevé de caillots sanguins dû à la vaccination.

En outre, la vaccination n'est actuellement pas disponible pour les personnes de moins de 16 ans. Or, dès l'âge de 15 ans, un jeune peut signer un contrat de travail d'étudiant. Le fait de conditionner l'accès à l'emploi, qu'on soit étudiant ou non, au fait d'avoir été vacciné peut donc être discriminatoire en raison de l'âge.

3.2.5 Les critères dits « raciaux »

Les études scientifiques menées dans d'autres pays sur les programmes de vaccination existants montrent que la couverture vaccinale peut être plus faible dans les zones où le pourcentage de minorités ethniques est plus élevé.

L'université de Groningen va à cet égard diriger une étude internationale visant à accroître la couverture vaccinale parmi les minorités et les communautés ethniques en Europe. L'UE a décidé de dédier 3,3 millions d'euros à ce projet,

accordée à leur manifestation en public ou en privé, de simples opinions ou idées, protégées par l'article 10 CEDH comme formes d'expression (Comm. EDH, déc. 10 mars 1981, X c. RFA : D.R. 24, p. 141). Quant au terme « pratiques », au sens de l'article 9 § 1, il « ne désigne pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction » (Rapport Comm. EDH, 12 oct. 1978, Arrowsmith c. Royaume-Uni, § 71). Pratiquement, ont été considérés comme des convictions philosophiques : le pacifisme (Rapport Comm. EDH, 12 oct. 1978, Arrowsmith c. Royaume-Uni, § 71), le végétarisme (Comm. EDH, 10 févr. 1993, W. c. Royaume-Uni), l'objection de conscience (CEDH, Gde ch., 6 avr. 2000, Thlimmenos c. Grèce ; CEDH, 24 janv. 2006, Ülke c. Turquie ; CEDH, Gde ch., 7 juill. 2011, Bayatyan c. Arménie ; CEDH, 17 oct. 2019, Mushfig Mammadov et autres c. Azerbaïdjan) et la lutte contre l'avortement (Comm. EDH., 8 mars 1985, Knudsen c. Norvège).

⁹ Laurent-Henri Vignaud, et Françoise Salvadori: *Antivax: la résistance aux vaccins du XVIIIe siècle à nos jours*, Vendémiaire, 2019.

via le programme Horizon 2020.¹⁰

Des recherches menées au Royaume-Uni et aux Etats-Unis montrent déjà qu'il existe de nettes différences entre les différents groupes ethniques en termes de volonté de recevoir le vaccin COVID-19. La réticence des groupes issus de minorités ethniques découle du faible niveau de confiance dans le vaccin, des multiples obstacles à l'accès au vaccin, de la situation socio-démographique et du manque de communication de la part des fournisseurs¹¹. Une autre étude a révélé que les personnes afro-descendantes étaient moins susceptibles d'être vaccinées que les personnes appartenant à tout autre groupe ethnique, les statistiques montrant qu'en avril 2021, seuls 64 % des afro-descendants de plus de 50 ans avaient été vaccinés, contre 93 % des Blancs du même âge¹².

À notre connaissance, il n'y a actuellement pas de chiffres disponibles à ce sujet en Belgique, malgré l'importance de pouvoir disposer de telles données.

3.2.6 Le critère de l'origine sociale

Les recherches montrent qu'il existe des différences systématiques en matière d'accès à la santé entre les personnes ayant un statut socio-économique inférieur (niveau d'éducation, statut professionnel, niveau de revenus) et celles qui se situent plus haut dans l'échelle sociale¹³. Il existe dès lors un risque considérable qu'un programme de vaccination contre le Covid-19 soit moins efficace pour atteindre un certain nombre de groupes précarisés ou défavorisés tels que les demandeurs d'emploi, les personnes en situation de pauvreté, ... A cet égard, Unia plaide, en accord avec le Service de lutte contre la pauvreté, la précarité et l'exclusion sociale, pour une campagne de communication visant spécifiquement les personnes en situation précaire ou peu scolarisées.

3.2.7 Le critère du sexe

Ce critère n'est pas de la compétence d'Unia, mais de celle de l'[Institut pour l'égalité des femmes et des hommes](#).

Intersectionnalité

Les personnes qui présentent plusieurs de ces critères protégés se trouvent souvent dans une position particulièrement vulnérable. Cela se traduit souvent par une carrière incertaine et un accès plus restreint au marché du travail en raison de la discrimination. Pensez, par exemple, aux femmes d'origine étrangère, aux mineurs sans emploi, aux personnes handicapées d'origine étrangère, etc. Le fait de conditionner strictement l'accès à certains emplois sur le marché du travail à la vaccination peut avoir des conséquences particulièrement problématiques pour les groupes défavorisés et/ou vulnérables.

3.3 Concernant le refus d'aménagement raisonnable

¹⁰ University Medical Center Groningen (UMCG), 'Over €3 million for research into increased vaccine coverage for minorities', 12 January 2021, à consulter sur : <https://www.umcg.nl/EN/corporate/News/Paginas/millions-research-vaccine-coverage-minorities.aspx>.

¹¹ SAGE Research and analysis: Factors influencing COVID-19 vaccine uptake among minority ethnic groups (17 december 2020), te consulteren op: <https://www.gov.uk/government/publications/factors-influencing-covid-19-vaccine-uptake-among-minority-ethnic-groups-17-december-2020>.

¹² BBC, 'Covid: Black leaders fear racist past feeds mistrust in vaccine', 6 mei 2021, te consulteren op <https://www.bbc.com/news/health-56813982>.

¹³ Voir par exemple: « Inégalités de santé », dernière mise à jour le 4 mars 2021, à consulter ici: <https://www.belgiqueenbonnesante.be/fr/etat-de-sante/inegalites-de-sante>

Toute personne en situation de handicap dispose d'un droit aux aménagements raisonnables, ceux-ci étant définis par la loi comme les :

« mesures appropriées, prises en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder, de participer et progresser dans les domaines pour lesquels cette loi est d'application, sauf si ces mesures imposent à l'égard de la personne qui doit les adopter une charge disproportionnée. » (Article 4, 12° Loi AD).

La question de savoir si les aménagements demandés constituent une charge disproportionnée pour la personne qui doit les adopter doit être évaluée à la lumière de l'impact organisationnel, de la capacité financière, des possibilités de subsides, etc. Le caractère raisonnable ou non d'un aménagement doit être évalué au cas par cas. Demander une dérogation à une politique d'entreprise prévoyant une vaccination obligatoire sera, dans certains cas, un aménagement raisonnable et ne pourra alors pas être refusé à la personne en situation de handicap.

Une politique de vaccination généralisée n'aura pas d'effet incitant sur les personnes qui ne peuvent pas être vaccinées pour des raisons de handicap. À défaut d'aménagements raisonnables, ces personnes n'auront plus accès à certaines fonctions pour lesquelles elles ont été formées, par exemple :

- Une personne handicapée qui ne peut pas être vaccinée en raison de son état de santé ne pourra plus travailler dans un laboratoire.
- Le personnel des résidences de soins dont l'état de santé ne permettrait temporairement pas de se faire vacciner pourrait se voir retirer son emploi pour une durée indéterminée.

4 Dans quels cas ces mesures distinguant vaccinés et non vaccinés dans l'emploi pourraient-elles être justifiées ?

Dans le domaine de l'emploi, qu'on soit confronté à une distinction directe sur la base de l'état de santé ou une distinction indirecte sur la base des autres critères précités, la justification possible prévue par la législation antidiscrimination est la même. Pour que la distinction opérée par l'employeur ne soit pas considérée comme une discrimination, **il faut qu'elle soit justifiée par un but légitime, et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires.**

4.1 Légitimité des buts poursuivis

Les buts avancés diffèrent, selon notre hypothèse, selon que l'on considère le secteur public ou le secteur privé.

Dans le secteur public¹⁴, la protection des travailleurs et des usagers est visée (services sociaux des CPAS, évaluation médicale des personnes handicapées, personnel des hôpitaux publics, maisons de repos et de soins). La continuité des services publics est également visée, ainsi que l'intérêt collectif de la société par le biais de l'immunité de groupe.

Pour le secteur privé, outre la protection des salariés et des clients/patients (commerces, soins à domicile, hôpitaux privés, etc.), il s'agit d'assurer la continuité de l'activité économique de l'entreprise.

4.1.1 L'intérêt collectif et la garantie de continuité du service public

Une politique de vaccination générale vise à éviter la propagation de la pandémie sur les lieux de travail et en général, en sachant que l'immunité collective de la population est atteinte lorsqu'un certain seuil de vaccination est atteint¹⁵, à savoir que « *l'immunité collective nécessite qu'environ 50 à 70% des personnes développent une protection immunitaire contre le pathogène concerné* »¹⁶.

Le but poursuivi lié à la défense de l'intérêt collectif semble donc légitime.

4.1.2 La protection des travailleurs

Les employés des entreprises publiques et privées ont droit à un environnement de travail sûr. L'employeur a le devoir de prendre les mesures appropriées et nécessaires pour raisonnablement prévenir les dommages. Dans le secteur des soins en particulier, la sécurité des clients et du personnel revêt une grande importance. L'employeur est tenu de protéger tous les employés contre les dangers éventuels pour leur santé mentale et physique. Il doit évaluer les risques et prendre les mesures préventives nécessaires. D'un point de vue juridique, la démarche s'inscrit dans le cadre de l'Arrêté Royal du 4 août 1996 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents biologiques.¹⁷

¹⁴ La nature des activités, c'est-à-dire les services pour lesquels il existe un certain degré de dépendance à l'égard de l'État (par exemple, la SNCB), et non le statut de l'entreprise, sera déterminante pour identifier les objectifs poursuivis.

¹⁵ La Libre Belgique, "[Quand atteindrons-nous le seuil de 70% de population vaccinée, nécessaire à l'immunité collective? 'Pas avant la fin de l'année'](#)", 4 januari 2021.

¹⁶ Belgisch Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, [Advies nr. 75 van 11 december 2020](#) betreffende de ethische maatstaven voor de uitrol van de anti-COVID-19-vaccinatie ten voordele van de Belgische bevolking, p.11

¹⁷ Sont notamment pertinent à ces sujet les articles suivants :

L'objectif de protection des salariés est donc légitime.

4.1.3 La protection des usagers et des clients

Un service public ou une entreprise privée peuvent être tenus responsables d'un manque de mesures de sécurité et d'hygiène. L'objectif de protection des utilisateurs et des clients est donc légitime. Cependant, Unia estime qu'une autorité publique ou une entreprise privée ne peuvent être tenues civilement et directement responsables de la contamination de leurs clients/usagers en raison d'une non-vaccination de leur personnel à moins qu'un lien de causalité soit directement établi entre la non vaccination et la contamination, conformément aux articles 1382 et suivants du Code civil. Cela, en pratique, sera impossible à déterminer.

Quelques secteurs sont particulièrement concernés par la question de la protection des clients. Le monde des soins de santé, en premier lieu, où les travailleurs sont en contact direct avec des personnes fragilisées. Mais aussi le monde du tourisme et le secteur aérien, par définition marqués par les échanges internationaux.

4.1.4 Organisation du travail et continuité des services privés

Dans les cas de discrimination concernant l'état de santé, la jurisprudence reconnaît l'organisation du travail et la garantie de la continuité du service comme un but légitime.

Pour rencontrer ses obligations légales, chaque employeur a donc, face à la pandémie de Covid-19, eu le devoir de mettre en place des mesures de distanciation sociale, de circulation dans les locaux, fournir des équipements de protection ad hoc, garantir le respect des règles d'hygiène par la clientèle et les travailleurs et les informer. Les employeurs n'ont par contre en aucun cas le droit, en l'absence de réglementation dans ce sens, de conditionner l'accès à l'emploi ou son exercice à une obligation de vaccination.

Par ailleurs, le droit à la vie privée et à l'intégrité physique doit être respecté. L'employeur public ou privé ne peut pas demander à ses employés ou futurs employés s'ils ont été vaccinés, sauf si cette question est justifiée par la nature de l'emploi. Il ne peut pas non plus établir une liste des employés vaccinés ou décider de les rendre identifiables par un moyen quelconque.

4.2 La proportionnalité des moyens

Les programmes de vaccination existants montrent que, en tenant compte du test de proportionnalité, le législateur

- Art VII 1-5 à 1-8 : l'employeur réalise l'évaluation des risques en collaboration avec le Conseiller en prévention-Médecin du travail, détermine les mesures préventives, assure l'information des travailleurs exposés et leur surveillance de santé ; cette évaluation doit être renouvelée régulièrement et en tout cas lors de tout changement des conditions de travail ou s'il s'avère qu'un travailleur est atteint d'une infection ou d'une maladie qui résulterait d'une telle exposition. Les éléments ayant contribué à l'évaluation, les résultats de l'évaluation et les mesures générales à prendre sont consignés dans un document écrit qui est soumis à l'avis du CPPT. »
- Art VII 1-51 à 1-58 : si l'analyse des risques révèle que les travailleurs sont ou peuvent être exposés à des agents biologiques, l'employeur doit offrir la possibilité aux travailleurs qui ne sont pas suffisamment immunisés de se faire vacciner s'il s'agit d'un agent biologique pour lequel un vaccin efficace est disponible et il doit les faire vacciner s'il s'agit d'un vaccin obligatoire (hépatite B, tétanos, test tuberculitique). Les vaccinations sont effectuées par le Conseiller en Prévention-Médecin du travail ou si le travailleur le souhaite par un médecin de son choix.
- Le conseiller en prévention-Médecin du travail doit également prendre les mesures nécessaires à l'égard d'un travailleur atteint d'une maladie contagieuse grave afin de préserver la santé de ses collègues.

peut recourir aux stratégies de vaccination suivantes :

1. Vaccination au libre choix de l'individu, sans aucune obligation ni incitation (l'Etat est alors neutre).
2. Vaccination partiellement obligatoire (uniquement pour certaines catégories de travailleurs comme le personnel de laboratoire) et assortie de mesures incitatives (telles que la gratuité de la vaccination).
3. Vaccination obligatoire pour tous (comme contre la polio). Il s'agit d'une vaccination rendue obligatoire pour tous les citoyens afin d'avoir accès à la vie en société (travail, logement, horeca, etc.). Ce programme est assorti d'une obligation d'enregistrement dans une base de données centralisée et des sanctions sont prévues en cas de non-respect.

Selon [le Comité consultatif de Bioéthique](#), « au plan éthique, la vaccination sur une base volontaire doit, autant que possible être privilégiée. Elle reflète l'attachement important de nos sociétés envers la préservation de l'autonomie de la volonté, d'une part, et l'intégrité physique, d'autre part. Néanmoins, le respect de ces deux valeurs doit être articulé avec la solidarité qui conduit à considérer, comme déjà évoqué, l'immunité collective comme un bien commun, et impose un devoir de protection à l'égard des plus fragiles. Sans ce devoir de protection, cette solidarité risquerait d'être un vœu pieux »¹⁸.

C'est dans ce cadre que doit être évaluée la proportionnalité des mesures d'une politique de vaccination, laquelle doit être démontrée pour lever la présomption de discrimination. L'évaluation de la proportionnalité suppose de démontrer que les mesures sont d'une part appropriées, et d'autre part nécessaires, autrement dit que des mesures alternatives qui porteraient moins atteintes aux droits humains ne sont pas envisageables.

4.2.1 Moyens appropriés

L'employeur doit démontrer que ses actions contribuent effectivement à la poursuite de l'objectif légitime.

Ces derniers mois, des foyers d'infection ont été identifiés dans un nombre significatif de lieux de travail dans différents secteurs, malgré les mesures imposées aux entreprises. Cependant, sans ces mesures, les recherches montrent que le taux d'infections sur le lieu de travail serait beaucoup plus élevé. Il existe de nombreux exemples dans le monde entier, dans l'industrie de la viande, l'industrie charbonnière, etc., qui illustrent la réalité de la propagation du virus sur le lieu de travail. Cela est d'autant plus problématique que les personnes infectées sont apparemment très contagieuses dans les jours qui précèdent l'apparition des premiers symptômes. Le danger n'est donc pas immédiatement visible.

Bien que l'efficacité du vaccin pour prévenir la transmission du virus n'ait pas encore été totalement prouvée (même si de nouvelles études montrent un effet positif sur la transmission), il est acquis qu'une vaccination à grande échelle de la population permettrait de limiter la propagation du virus au sein de celle-ci et dès lors de la protéger. Une politique de vaccination apparaît donc comme un moyen approprié pour atteindre les objectifs visés.

On rappellera toutefois que ce n'est pas parce qu'un salarié est vacciné selon un schéma vaccinal correct qu'il est obligatoirement immunisé.

En outre, on peut se demander si les différentes mesures d'une politique sanitaire basée sur le statut vaccinal (vaccination obligatoire pour le contact client/patient, obligation de prendre d'autres mesures d'hygiène, comme par exemple le port d'un masque ffp2, le port d'écrans faciaux en cas de contact direct avec le patient ou encore la consommation séparée des repas et des boissons) sont aussi appropriées pour atteindre les objectifs visés. D'aucuns font valoir que certaines des mesures énumérées ci-dessus n'ont dans certaines situations pas d'effet avéré sur les objectifs visés. Cette discussion relève toutefois principalement de la science médicale, nous n'y entrerons donc pas

¹⁸ Avis n° 75 du 11 décembre 2020 relatif aux repères éthiques en vue du déploiement de la vaccination anti-COVID-19 au bénéfice de la population belge, https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/avis_75_reperes_ethiques_vaccination_anti-covid-19_0.pdf.

plus avant.

Par souci de clarté, nous supposons que l'exigence de pertinence des mesures sera satisfaite dans la plupart des cas. Il est cependant très important de noter que les mesures en question ne sont considérées comme appropriées que tant que l'immunité de groupe n'est pas atteinte.

4.2.2 Moyens nécessaires – mesures moins attentatoires?

Afin de démontrer qu'une politique sanitaire basée sur le statut vaccinal est un moyen proportionné d'atteindre les buts légitimes qui sont visés, un législateur/employeur doit montrer que les mesures prises sont « raisonnablement nécessaires » pour atteindre ces buts. Les actions du législateur/de l'employeur ne seront pas considérées comme raisonnablement nécessaires si des moyens alternatifs moins discriminatoires avaient pu être utilisés pour atteindre les buts légitimes. À ce stade, la proportionnalité est probablement plus difficile à démontrer pour les employeurs.

L'évaluation de la proportionnalité des mesures peut fortement varier en fonction de la nature des obligations et du contexte de travail. Dans un contexte de travail présentant un risque accru d'infection, tel que le secteur des soins de santé, des mesures plus poussées peuvent être considérées comme proportionnées. Il peut donc être concevable que des employés non vaccinés soient temporairement exclus de certaines tâches, suite à une surveillance médicale. L'employeur peut alors leur proposer un autre poste. Si l'employé refuse (ce dont il a le droit) ou s'il n'y a pas d'autre poste disponible, l'employé devrait pouvoir rester temporairement à la maison (comme par exemple les femmes enceintes dans les crèches, où elles sont exposées au cytomégalovirus¹⁹).

Cependant, l'employeur a toujours l'obligation, y compris dans les secteurs présentant un risque accru de contamination, d'examiner si des mesures moins drastiques auraient permis d'atteindre les objectifs visés de manière équivalente, mesures telles que :

- L'application des directives de sécurité liées au COVID-19 ;
- La pratique de tests réguliers ;
- Le fait de rendre possible le travail à domicile ou le transfert vers une fonction adaptée au travail à domicile ;
- Une communication claire et accessible sur les conséquences de la vaccination et son impact positif sur la population générale ;
- ...

Dans tous les cas, afin de minimiser autant que possible l'impact négatif sur les droits des personnes, Unia défend l'idée que toute mesure devrait être limitée dans le temps. Une fois l'immunité de groupe atteinte, une politique sanitaire basée sur le statut vaccinal sera rarement considérée comme appropriée et proportionnée.

Lorsqu'il envisage une vaccination obligatoire, le législateur doit donc se poser la question de savoir s'il existe des mesures moins attentatoires aux libertés et aux droits fondamentaux que les mesures coercitives pour atteindre les mêmes buts. Le législateur tiendra notamment compte du taux de vaccination à partir duquel la reprise de la vie sociale serait acceptable.

¹⁹ L'arrêté royal du 2 mai 1995 concernant la protection de la maternité oblige l'employeur à procéder à une évaluation des risques, en collaboration avec le médecin du travail, à l'égard des femmes enceintes en crèche qui sont exposées au cytomégalovirus.

Quelques exemples de jurisprudence

Dans certains secteurs, pour des fonctions bien déterminées, certains vaccins sont aujourd'hui rendus légalement obligatoires. L'employeur ne peut pas obliger un employé à se faire vacciner, la vaccination obligatoire étant contraire au principe de l'inviolabilité du corps et au droit de décider de manière autonome, c'est-à-dire soi-même, des interventions médicales, conformément à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Si l'employeur ne peut exercer de contrainte matérielle sur les collaborateurs, un collaborateur qui refuse de se faire vacciner ne peut continuer à travailler dans la fonction pour laquelle le vaccin ou le test sont obligatoires. Le refus du vaccin rendu légalement obligatoire pourrait donc constituer une cause de licenciement du travailleur.

La jurisprudence rendue en France est parlante à cet égard. La Cour de cassation a jugé en 2012 qu'un salarié qui refuserait la vaccination de manière injustifiée pourrait se voir licencier par son employeur (Cass. FR Soc., 11 juillet 2012, n°10-27.888). Cela s'est déjà produit pour un salarié d'une entreprise de pompes funèbres. L'intéressé avait refusé la vaccination, invoquant simplement le risque de développer une sclérose en plaques. Selon la Cour de cassation, le salarié ne pouvait s'opposer à la prescription de cette vaccination par le médecin du travail en l'absence de contre-indication médicale de nature à justifier son refus. Il en avait été conclu qu'un tel refus constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Suivant le même raisonnement, la Cour d'appel de Nancy avait précédemment jugé justifié le licenciement pour faute grave d'un chauffeur ambulancier qui refusait de se faire vacciner contre l'hépatite B en infraction avec le Code de la santé publique. Ce dernier avait par la suite refusé un nouveau poste, proposé par l'employeur, qui lui évitait tout contact avec des malades (CA Nancy 4 avril 2008, n°06-2123, Clary c/ Sté Mulder Ambulance).

A contrario, le refus de se faire vacciner contre la grippe, qui n'est pas un vaccin obligatoire mais recommandé, y compris dans les secteurs d'activités à forte exposition sanitaire, n'est pas un motif valide de licenciement.

5 Quid des obligations légales de vaccination sur le lieu de travail ?

Il appartient au législateur de trouver un équilibre entre les principes de bioéthique qui ont une orientation individualiste et la santé publique et ses préoccupations collectives et de réduction des inégalités sociales. Pour Unia, il est clair que si l'on attend du législateur de garantir la sécurité générale, on ne peut en même temps exiger des mesures nécessaires à la rencontre de cet objectif global le respect strict et total de l'autonomie des individus. Toutefois, Unia souligne l'importance de prendre en compte les limites fixées par les principes d'égalité et de non-discrimination lors de l'introduction de nouvelles lois.

Dans certains secteurs professionnels, sur la base d'une analyse rigoureuse des risques pour la santé des travailleurs, une vaccination partielle et ciblée est envisagée.

Dans d'autres secteurs, l'obligation d'être vacciné existe déjà dans le cadre de textes légaux²⁰ :

- Le vaccin contre l'hépatite B est obligatoire (A.R. 1999) pour tous les travailleurs des services où sont effectués des examens, des soins médicaux et en dentisterie ;
- Le vaccin du tétanos est parfois rendu obligatoire par l'employeur, sur avis du médecin du travail-conseiller en prévention, dans l'agriculture, l'élevage du bétail, les abattoirs, le tri des immondices, etc ;
- Le vaccin de la tuberculose est obligatoire pour le personnel médical exposé au bacille.

Dans certaines professions, certains vaccins sont rendus obligatoires, soit :

- pour protéger les travailleurs eux-mêmes, s'ils sont exposés par la nature même de leur métier à certains virus ou bactéries. Par exemple, le personnel soignant, le personnel de laboratoire, les vétérinaires...
- soit pour protéger les personnes avec lesquelles les travailleurs entrent en contact (public, clients, ...). Par exemple, le personnel des maisons de repos, des crèches, des institutions pour personnes avec une déficience intellectuelle...

Ces vaccinations rendues obligatoires sont encadrées par l'arrêté royal du 29 avril 1999 modifiant l'arrêté royal du 4 août 1996 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents biologiques au travail.²¹

Celui-ci prévoit que : « Si les travailleurs sont ou peuvent être exposés à des agents biologiques, l'employeur doit offrir la possibilité aux travailleurs qui ne sont pas suffisamment immunisés de se faire vacciner s'il s'agit d'agents biologiques pour lesquels un vaccin efficace est disponible, et les faire vacciner si une vaccination est obligatoire ». ²²

Toutefois, les textes actuels relatifs aux vaccinations obligatoires (hépatite B, tuberculose, tétanos) prévoient le respect de « contre-indications » pour ne pas imposer le vaccin à certains travailleurs. Avant chaque injection, un interrogatoire et un examen cliniques du salarié doivent être effectués, à la recherche d'antécédents médicaux pouvant contre-indiquer de façon temporaire ou définitive la vaccination²³.

Cette procédure correspond en fait à une application du droit à un aménagement raisonnable pour les personnes en situation de handicap. Unia préconise qu'une procédure similaire soit prévue au cas où la vaccination contre le COVID-19 était rendue obligatoire pour certaines catégories professionnelles.

En outre, dans certaines professions, la vaccination du travailleur rentre dans l'appréciation de l'aptitude du

²⁰ Koninklijk besluit van 29 april 1999 tot wijziging van het koninklijk besluit van 4 augustus 1996 inzake bescherming van de werknemers tegen de risico's bij blootstelling aan biologische agentia op het werk. Zie ook www.vaccination-info.be

²¹ Voir art. 61 pour la Tuberculose et art. 63 pour l'Hépatite A et l'Hépatite B.

²² <https://emploi.belgique.be/fr/themes/bien-etre-au-travail/agents-biologiques>

²³ Art. VII.1-59.-61 Code du bien-être au travail (Livre VII.- Agents biologiques).

travailleur à exercer une fonction. Cette vérification incombe au médecin du travail.

Pour se prononcer sur l'aptitude médicale d'un salarié à son poste de travail, le médecin du travail doit vérifier et analyser une série d'éléments : il évalue l'importance du risque de contamination auquel le travailleur est exposé, en tenant compte des moyens de protection collective et individuelle mis en place, mais également de son état de santé, de son état immunitaire et de son statut vaccinal.

L'existence d'une contre-indication vaccinale ou le refus de la vaccination par le travailleur n'entraînent pas systématiquement le prononcé d'une inaptitude.

S'il s'agit d'une vaccination obligatoire, le médecin du travail, en dialogue avec l'employeur, va devoir évaluer les conséquences de ce refus.

Si le poste de travail du salarié l'expose à un risque avéré de contamination :

- le médecin pourra demander un aménagement du poste du salarié (permettant que le risque d'exposition n'existe plus) ;
- ou solliciter un reclassement dans un poste où la vaccination n'est pas indispensable ;
- si toutefois le reclassement s'avère impossible, l'employeur a alors la possibilité de se séparer du salarié (théorie de la force majeure) .

Il s'agira également pour le médecin du travail d'évaluer l'état immunitaire du salarié non vacciné. En effet l'évaluation de l'aptitude du salarié n'est pas uniquement dépendante de la question du respect ou non de l'obligation vaccinale mais il s'agit de vérifier si réellement l'exercice de la profession lui fait encourir des risques réels sur sa santé.

On peut en effet imaginer la situation de salariés qui ne sont pas vaccinés contre l'hépatite B mais qui ont fait une hépatite B et sont donc immunisés contre cette forme de maladie. Il ne s'agit donc pas dans cette situation de prononcer une décision d'inaptitude au travail pour ces salariés.

On pourrait également imaginer à l'inverse des travailleurs salariés vaccinés non immunisés.

La décision d'aptitude doit donc prendre en charge la situation d'immunité réelle du travailleur même dans le cas d'une vaccination obligatoire. Et cet état d'immunité ne peut en aucun cas être communiqué à l'employeur. Il s'agit de prendre en compte l'importance du risque réel, des moyens de préventions collectifs et individuels mis en place et existants (masques, gants, distanciations), la formation du travailleur à la prévention et son état de santé.

D'une façon générale, le refus d'une vaccination doit toujours amener le médecin du travail à demander un renforcement des moyens de protection existants au bénéfice de l'ensemble des salariés accédant à ce poste de travail²⁴, conformément à la méthodologie du plus grand dénominateur commun telle que développée par le Conseil de l'Europe. Pour plus d'informations sur le concept du plus grand dénominateur commun, consultez la formation en ligne d'Unia eDiv.

Le législateur pourrait envisager de décréter une obligation de vaccination pour certains travailleurs spécifiques identifiés comme particulièrement vulnérables, sur la base d'une modification de l'arrêté royal du 29 avril 1999 modifiant l'arrêté royal du 4 août 1996 relatif à la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents biologiques au travail. Si cependant le refus de vaccination est ancré dans une conviction, l'incitant d'accès ou de maintien à certains emplois n'aura probablement que peu d'effet et certaines personnes se verront exclues de participer à certains secteurs du marché de l'emploi en raison de leurs convictions. Dans une telle situation, il ne sera

²⁴ M.C. Bayeux-Dunglas et D. Abiteboul, Vaccinations en santé au travail, RÉFÉRENCES EN SANTÉ AU TRAVAIL — N° 146.

pas possible d'opposer l'existence de contre-indications à l'obligation de vaccination ; une obligation légale générale de vaccination sera donc dans ce cas problématique.

6 Conclusion

L'Etat belge a pris la décision de ne pas rendre la vaccination contre la Covid-19 obligatoire. À ce jour aucun texte légal ne permet de conditionner l'accès ou le maintien en emploi d'un travailleur à son état de vaccination pour cette maladie. L'employeur ne peut donc traiter un travailleur ou un candidat défavorablement parce qu'il n'est pas vacciné contre le Covid-19. Il ne peut pas l'interroger sur son état de vaccination.

Unia préconise, en l'état actuel de la situation de vaccination en Belgique, de privilégier la promotion des mesures de sécurité et d'hygiène, la sensibilisation, l'accessibilité du vaccin, le contrôle des mesures et l'introduction de sanctions en cas de non-respect sur le lieu de travail. Le contraire pourrait entraîner une discrimination à l'égard de certains groupes de personnes qui ne peuvent ou ne veulent pas se faire vacciner.

Actuellement, le statut vaccinal d'un employé ne peut pas conditionner son accès au travail. Les buts sont probablement légitimes, mais les moyens ne le sont pas. La plupart des mesures de vaccination semblent constituer des moyens appropriés pour atteindre les buts, mais les mesures ne passent pas le test de proportionnalité.

Comme cela existe déjà pour d'autres maladies et dans les limites strictes fixées par le cadre législatif et réglementaire, Le législateur pourrait envisager de décréter une obligation de vaccination pour certains travailleurs particulièrement vulnérables (parce qu'ils présentent le risque de développer une forme grave de la maladie) et particulièrement exposés au virus.

Toutefois, même dans le cadre d'une vaccination légalement obligatoire, l'existence d'une contre-indication vaccinale ou la décision de refus de se faire vacciner ne peut impliquer un écartement automatique ou une décision d'inaptitude automatique du travailleur.

A cet égard, Unia rappelle qu'il est fondamental de prendre en compte l'importance du risque réel, des moyens de préventions collectifs et individuels mis en place et existants (masques, gants, distanciations), de la formation du travailleur à la prévention et de prendre en compte son état de santé et d'immunité dans le respect de son droit à la vie privée et à la protection de ses données personnelles.

Plus généralement, le refus de vacciner devrait toujours conduire à une réflexion plus large sur le renforcement des mesures de protection existantes, dans l'intérêt de tous les travailleurs concernés.

Ainsi, Unia recommande que, dans le contexte actuel de la vaccination en Belgique, des mesures moins attentatoires aux droits de l'individu soient recherchées avant d'imposer une obligation (même partielle) de vaccination aux travailleurs de certains secteurs professionnels.

Dans ce contexte, il est important dans les campagnes de vaccination, tant pour la population générale que pour les travailleurs en particulier, d'accorder une attention suffisante à une information claire et accessible et à une communication adaptée aux différents groupes de travailleurs. Il est important que les différents acteurs du terrain, tels que les employeurs, les syndicats et les conseillers en prévention, soient impliqués. Enfin, nous réitérons l'importance d'accorder une attention particulière aux personnes en situation de vulnérabilité en raison de leur état de santé, de leur âge ou de leur handicap.