



Ministerie van Justitie en Veiligheid

anlagee

Notitie 2G-CTB-beleid en mensenrechten

Directie Wetgeving en
Juridische Zaken
cluster mensenrechten

Contactpersoon

5.1.2e

M 5.1.2e
5.1.2e@minjenv.nl

Datum
29 oktober 2021

Samenvatting

Bij een 2G-CTB-beleid, kunnen alleen personen die gevaccineerd zijn of genezen van een doorgemaakte SARS-CoV-2-infectie ('gevaccineerd' of 'genezen' (2G)) een coronatoegangsbewijs (CTB) verkrijgen. In de huidige situatie kan ook op basis van een testbewijs ('getest') een CTB worden afgegeven (3G-CTB-beleid). Een 2G-CTB-beleid maakt inbreuk op diverse grond- en mensenrechten, in elk geval het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (art. 10 Gw en art. 8 EVRM) en het recht op gelijke behandeling (art. 1 Gw en art. 14 EVRM).

Betwijfeld kan worden of deze inbreuken gerechtvaardigd kunnen worden. Veel hangt af van de precieze invulling die aan het 2G-CTB-beleid wordt gegeven en de precieze doelstelling die daarmee wordt nagestreefd (Voorkomen overbelasting van de zorg? Vaccinatiegraad omhoog krijgen?).

In ieder geval biedt de huidige wetgeving niet de vereiste wettelijke basis voor een 2G-CTB-beleid. De Wpg zou hiertoe moeten worden aangepast.

Om te voldoen aan het vereiste van proportionaliteit moet onderbouwd kunnen worden dat het 2G-CTB-beleid effectief is om het nagestreefde doel te bereiken en dat minder inbreukmakende maatregelen (bijv. een verzwaard 3G-CTB-beleid) dat niet zijn. Ook moeten alternatieven worden geboden voor bepaalde kwetsbare groepen, zoals personen die om medische redenen niet kunnen worden gevaccineerd, en voor groepen die disproportioneel geraakt worden bovenop het feit dat ze ongevaccineerd zijn.

2G-CTB-beleid: openstaande vragen

Bij een 2G-CTB-beleid, kunnen alleen personen die gevaccineerd zijn of genezen van een doorgemaakte SARS-CoV-2-infectie een coronatoegangsbewijs (CTB) verkrijgen. In de huidige situatie kan ook op basis van een testbewijs ('getest') een CTB worden afgegeven (3G-CTB-beleid).

Voor toepassing van onderstaand grond- en mensenrechtelijk kader op de casus van invoering van een 2G-CTB-beleid, hangt veel af van de doelstelling en daadwerkelijke uitwerking van dat beleid. Op dit moment is onduidelijk wat het

precieze doel is dat met een 2G-CTB-beleid wordt nagestreefd (zie uitgebreider hieronder). Vooralsnog is ook niet bepaald in welke situaties het 2G-CTB-beleid zou worden ingezet. Is dat ter vervanging van het huidige 3G-CTB-beleid onder de Tijdelijke wet testbewijzen covid-19 (dus in horeca, cultuur en evenementen)? Of wordt beoogd het breder in te zetten, zoals ook in de zorg of op de werkvloer?¹ Deze onduidelijkheden maken het moeilijker de proportionaliteit van de maatregel te beoordelen. Hieronder worden relevante overwegingen meegegeven.

Directie Wetgeving en
Juridische Zaken
cluster mensenrechten

Datum
29 oktober 2021

Inbreuk op verschillende grond- en mensenrechten

Er is een grond- en mensenrechtelijke opdracht voor de overheid om op te treden ter bescherming van de volksgezondheid.² Met het huidige 3G-CTB-beleid wordt beoogd aan die opdracht te voldoen.³

Tegelijkertijd maakt het CTB-beleid inbreuk op diverse mensenrechten. Het gaat dan onder meer om het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (art. 10 Gw en art. 8 EVRM), het recht op bewegingsvrijheid (art. 2 Vierde Protocol EVRM) en het recht op gelijke behandeling (art. 1 Gw en art. 14 EVRM). Afhankelijk van de context waarin een CTB-beleid wordt ingezet, kunnen ook de godsdienstvrijheid (art. 9 EVRM), de vrijheid van vereniging en vergadering (art. 11 EVRM), de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM), het eigendomsrecht (art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM) in het geding zijn.

Waar een 3G-CTB-beleid al relatief meer inbreuk maakt op de rechten van ongevaccineerde personen ten opzicht van gevaccineerde personen,⁴ geldt dat des te meer voor een 2G-CTB-beleid. Ongevaccineerde personen, die geen COVID-19-infectie hebben doorgemaakt, hebben bij een 2G-CTB-beleid geen toegang meer tot bepaalde diensten en voorzieningen, tenzij zij zich laten vaccineren. Er bestaat voor hen geen alternatief meer dat een relatief geringe inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer, waaronder de lichamelijke integriteit (namelijk het (herhaaldelijk) ondergaan van een antigeen- of PCR-test). Het enige alternatief (een vaccinatie) maakt een verdergaande inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, waaronder de lichamelijke integriteit, en op de vrijheid van godsdienst van gewetensbezwaarden.

Rechtvaardiging?

Een inbreuk op een niet-absoluut grond- of mensenrecht, zoals het recht op respect voor de persoonlijke levenssfeer (art. 10 Gw en art. 8 EVRM), kan worden gerechtvaardigd zolang de inbreuk een legitiem doel dient, bij wet is voorzien en

¹ VWS verkent thans de mogelijkheden tot bredere inzet van het 3G-CTB-beleid. Gebleken is dat er in het veld weinig animo en draagvlak is voor inzet van het CTB in de werksfeer. In de zorg heeft VWS allereerst de mogelijkheden verkend voor een het invoeren van een bevoegdheid voor werkgevers om de vaccinatiestatus van werknemers te creëren. Nu dat is afgeketst op onvoldoende steun uit het veld en juridische bezwaren op grond van AVG en mensenrechten, wil de Minister naar verluidt de invoering van een CTB in de zorg, voor zowel werknemers als bezoekers, onderzoeken. Onduidelijk is of daarbij ook al de optie van een 2G-CTB-beleid wordt overwogen.

² Art. 22 Gw, art. 12 IVESCR, art. 11 ESH en art. 35 EU Grondrechtenhandvest.

³ MvT Tijdelijke wet testbewijzen covid-19, *Kamerstukken II* 35807, nr. 3, para. 4.1.

⁴ Uit MvT Tijdelijke wet testbewijzen covid-19 (zie voetnoot hierboven): 'De mogelijkheid om op grond van dit wetsvoorstel bij dergelijke maatregelen rekening te houden met het al dan niet beschikken over een testbewijs, heeft daarnaast gevolgen voor de lichamelijke integriteit van de personen die aan bepaalde activiteiten willen deelnemen of toegang willen hebben tot voorzieningen (door het ondergaan van de testen) en het recht op privacy (bij het tonen van het testbewijs).'

noodzakelijk is in een democratische samenleving (proportionaliteit en subsidiariteit). Deze vereisten worden hieronder nader uitgewerkt.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
cluster mensenrechten

Datum
29 oktober 2021

Legitiem doel?

De bescherming van de volksgezondheid is een legitiem doel dat met maatregelen die inbreuk maken op grond- en mensenrechten, kan worden nagestreefd.⁵ Op zich kan worden aangenomen dat hieraan in casu wordt voldaan. Het is echter, zeker met het oog op de vraag naar de noodzakelijkheid van de maatregel, wel nodig dit doel nader te specificeren: is het doel van het invoeren van een 2G-CTB-beleid het voorkomen van overbelasting van de zorg, en/of het beschermen van kwetsbare personen in de samenleving?⁶ Of wordt (ook) beoogd ongevacineerde personen te motiveren om zich te vaccineren, omdat een hogere vaccinatiegraad bijdraagt aan de bescherming van de volksgezondheid? Het is van belang daar helder over te zijn.

Directie Wetgeving en
Juridische Zaken
cluster mensenrechten

Datum
29 oktober 2021

Bij invoering van het 3G-CTB-beleid was de rechtvaardiging bovendien dat dan delen van de samenleving weer open konden en zo ook bestaande inperkingen op grondrechten konden worden opgeheven. Voor invoering van een 2G-CTB-beleid gaat die vlieger niet op. Hoogstens zou gesteld kunnen worden dat met een 2G-CTB-beleid voorkomen kan worden dat de toegang tot bepaalde activiteiten en diensten voor de gehele samenleving moet worden afgesloten, maar dat betekent dan dus wel dat een onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende groepen in de samenleving, welk onderscheid rechtvaardiging behoeft (zie ook hieronder).

Bij wet voorzien?

Thans bestaat voor een 2G-CTB-beleid geen wettelijke basis. Invoering van een dergelijk beleid vraagt om aanpassing van de Wpg⁷. Opgemerkt zij dat de Tweede Kamer in september 2021 nog een motie tegen invoering van een 2G-CTB-beleid heeft aangenomen.⁸

Noodzakelijk in een democratische samenleving (proportionaliteit)

De inbreuk moet beantwoorden aan een dwingende maatschappelijke behoefte ('pressing social need') en de aangevoerde rechtvaardiging moet relevant en voldoende zijn ('relevant and sufficient reasons'). In casu is daar naar verwachting aan voldaan, al hangt dit wederom nauw samen met het met de maatregel nagestreefde legitieme doel (zie hierboven).

Daarnaast moet er een redelijke verhouding bestaan tussen het maatschappelijk belang dat wordt gediend met de inbreuk en het recht dat daardoor wordt aangetast (proportionaliteit). Dat betekent dat de inbreukmakende maatregel geschikt moet zijn om het nagestreefde legitieme doel te realiseren, dat er geen alternatieven zijn die minder inbreukmakende op grond- en mensenrechten voorhanden zijn (subsidiariteit) en moet het beleid afdoende ruimte bieden voor een belangenafweging in het individuele geval.

Is het beleid geschikt om het nagestreefde legitieme doel te realiseren?

⁵ Zie bijv. art. 8 lid 2 EVRM.

⁶ Pijlers van het 127^e OMT-advies van 11 oktober 2021 zijn: (1) een acceptabele belastbaarheid van de zorg - ziekenhuizen moeten kwalitatief goede zorg aan zowel COVID-19-patiënten als aan patiënten binnen de reguliere zorg kunnen leveren en (2) het beschermen van kwetsbare mensen in de samenleving.

⁷ Onder de huidige wet (art. 58a lid 1 Wpg) is een coronatoegangsbewijs een bewijs van een testuitslag, een bewijs van vaccinatie tegen SARS-CoV-2 of een bewijs van herstel van een infectie met het virus SARS-CoV-2. Op grond van art. 58a lid 2 Wpg.

⁸ De aangenomen motie van kamerlid Pauw-Verweij (16 september 2021, 25295-1437) spreekt uit dat 'niet enkel bewijs van vaccinatie of doorgemaakte ziekte een toegangsvereiste voor voorzieningen mag zijn'.

- Of aan dit deelvereiste voldaan wordt, hangt sterk af van wat precies het doel is dat met het beleid wordt nagestreefd.
- Voor zover beoogd wordt de zorg te ontlasten moet worden onderbouwd hoe het besmettingsgevaar van gevaccineerde personen, resp. ongevaccineerde personen zich tot elkaar verhoudt. Volgens het OMT is de kans dat iemand op een locatie waar een CTB verplicht is toch besmettelijk is, twee keer zo klein bij volledig gevaccineerde personen dan bij ongevaccineerde, maar vooraf geteste personen.⁹
- Vanuit dat perspectief is ook van belang wat de verwachte ziekenhuisbezetting is indien de huidige vaccinatiegraad niet verder oploopt.¹⁰ Hoeveel lager kan de ziekenhuisbezetting verwacht worden te zijn als gevolg van de invoering van een 2G-CTB-beleid? Dit zal ook afhangen van de situaties waarin het beleid wordt ingezet: zijn dit inderdaad hoogrisico-situaties? En is die verwachte ziekenhuisbezetting inderdaad niet op te vangen door de zorg?
- Als er vooraf al sterke aanwijzingen zijn dat een 2G-CTB-beleid niet handhaafbaar is, dan kan het geen geschikt middel worden geacht.
- Voor zover het doel (tevens) is aan te zetten tot vaccinatie: kan effectiviteit van het beleid worden onderbouwd, op grond van gedragswetenschappelijke inzichten? Is er wellicht juist een risico op een contra-effect in volharding zich niet te laten vaccineren?

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
cluster mensenrechten

Datum
29 oktober 2021

Zijn er minder vergaande, doch effectieve maatregelen beschikbaar (subsidiariteit)?

Onderzocht moet worden of er maatregelen voorhanden zijn waarmee het legitieme doel gerealiseerd kan worden, die minder inbreuk maken op grond- en mensenrechten. Opties die dus zouden moeten worden onderzocht, voordat eventueel over gegaan kan worden tot invoering van een 2G-CTB-beleid zijn, onder meer:

- Verzwaring van het huidige 3G-CTB-beleid (3G+) d.m.v:
 - een kortere geldigheidsduur van de antigeentest;
 - alleen toegang na een NAAT-test (PCR) of
 - het testen van alle deelnemers onafhankelijk van hun genezen- of vaccinatiestatus.¹¹
- Andere beschermende middelen, zoals mondkapjes of het houden van afstand.

Verbreiding van de inzet van het huidige 3G-CTB-beleid naar andere sectoren, brengt weer andere mensenrechtelijke kanttekeningen met zich mee. In het onderwijs is immers dan ook het recht op onderwijs in het geding en in de zorg, onder meer het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (van werknemers) en het recht op respect voor familie- en privéleven (van bezoekers).

⁹ 126^e OMT advies, 13 september 2021.

¹⁰ Het 127^e OMT-advies van 11 oktober 2021 stelt daarover: '[...] de orde van grootte van het aantal personen voor wie vanwege SARS-CoV-2-infectie opname in een ziekenhuis nodig zal zijn, is geschat op ruim 23 duizend, en het aantal mensen waarvoor IC-opname nodig is vanwege COVID-19, wordt geschat op ongeveer 4,8 duizend.'

¹¹ Zie 126^e OMT-advies.

Biedt het beleid afdoende ruimte voor een belangenafweging in het individuele geval?

- Zijn er uitzonderingen mogelijk/alternatieven beschikbaar voor extra kwetsbare groepen/schrijnende situaties?
 - Denk aan personen die om medische redenen niet gevaccineerd kunnen worden en, afhankelijk van waar CTB wordt ingezet of situaties waarin de inzet van het 2G-CTB-beleid disproportionele effecten voor het individu kan hebben.

Directie Wetgeving en
Juridische Zaken
cluster mensenrechten

Datum
29 oktober 2021

Gelijke behandeling

De gelijkebehandelingswetgeving (o.a. Awgb) verbiedt discriminatie bij de toegang tot goederen en diensten op een aantal gronden, waaronder ras, geslacht, godsdienst handicap of chronische ziekte. Het wel of niet gevaccineerd zijn is geen persoonskenmerk dat door de wet wordt beschermd.

Voor mensen die zich niet kunnen laten vaccineren vanwege een handicap of chronische ziekte en voor mensen die zich niet laten vaccineren op grond van hun godsdienst of levensovertuiging, kan een 2G-CTB-beleid ongelijke behandeling vormen op grond van chronische ziekte of handicap, resp. godsdienst of levensovertuiging.¹²

Onder art. 14 EVRM is ook discriminatie op grond van 'overige status' verboden. Daar kan dus ook de gezondheids- of vaccinatiestatus onder vallen. Art. 14 EVRM kan alleen worden ingeroepen in samenhang met een materiële EVRM-bepaling, zoals art. 8 EVRM (recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer).

Om te beoordelen of er sprake is van verboden discriminatie in de zin van art. 14 EVRM moet worden vastgesteld of er sprake is van ongelijke behandeling van relevant vergelijkbare gevallen en zoja, of er een objectieve en redelijke rechtvaardiging is voor dit onderscheid. Dat betekent dat er een gerechtvaardigd doel mee wordt nagestreefd en er redelijke mate van evenredigheid bestaat tussen het gehanteerde middel (het onderscheid) en het daarmee nagestreefde doel. De toetsing van het 2G-CTB-beleid aan dit kader, pakt als volgt uit:

Is er sprake van ongelijke behandeling van relevant vergelijkbare gevallen?

- Naar verwachting kan deze vraag bevestigend worden beantwoord: voor wat betreft hun belang bij toegang tot bepaalde activiteiten en diensten bevinden gevaccineerde personen en genezen personen enerzijds en ongevaccineerde personen anderzijds zich in een vergelijkbare positie. Deze relevante vergelijkbare gevallen worden bij toepassing van een 2G-CTB-beleid verschillend behandeld, immers de ene groep krijgt na het tonen van een CTB wel toegang tot de activiteiten en diensten en de andere groep niet.

Bestaat er een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor dit onderscheid?

- Gerechtvaardigd doel?
 - Ook hier kan bescherming van de volksgezondheid een gerechtvaardigd doel vormen, maar is het van belang dit doel nader te specificeren. Is het doel het voorkomen van overbelasting van de zorg, en/of het beschermen van kwetsbare personen in de

¹² Zie ook 'Coronatoegangsbewijs en mensenrechten', mensenrechten.nl 26 oktober 2021, <https://mensenrechten.nl/nl/toegelicht/coronatoegangsbewijs-en-mensenrechten>.

samenleving? Of wordt (ook) beoogd ongevaccineerde personen te motiveren om zich te vaccineren, omdat een hogere vaccinatiegraad bijdraagt aan de bescherming van de volksgezondheid? Het is van belang daar helder over te zijn.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
cluster mensenrechten

Datum
29 oktober 2021

- Bestaat er een redelijke mate van evenredigheid tussen het gehanteerde middel (het onderscheid) en het daarmee nagestreefde doel?
 - Hierbij gelden vergelijkbare overwegingen als bij de hierboven uitgewerkte proportionaliteitstoets.
 - Belangrijk is dat de evenredigheid niet alleen in zijn algemeenheid moet kunnen worden aangenomen, maar ook in het concrete geval. Er moet dus ruimte zijn voor belangenafweging in het concrete geval. Dat betekent dat moet worden nagedacht over uitzonderingen of alternatieven voor groepen die disproportioneel geraakt worden (bijv. personen die vanwege een ziekte of handicap niet kunnen worden gevaccineerd).

Conclusie

Hierboven is het relevante kader geschetst aan de hand waarvan kan worden getoetst of een 2G-CTB-beleid grond- en mensenrechtelijk conform zou kunnen zijn. Omdat thans nog verschillende vragen open staan, kan vooralsnog geen sluitend antwoord worden gegeven op de vraag of een 2G-CTB-beleid zou kunnen worden ingevoerd vanuit grond- en mensenrechtelijk perspectief. In ieder geval is duidelijk dat hiervoor een wettelijke basis zou moeten worden gecreëerd, en dus de wetgeving zou moeten worden aangepast.