

Aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal:
vaste Commissie voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport
vaste Commissie voor Justitie en Veiligheid
vaste Commissie voor Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Eerste Kamer der Staten-Generaal
Cc: de Ministers van VWS, J&V en BZK,



Leiden, 26 november 2021

Betreft: reactie op wetsvoorstel voor een Tijdelijke wet differentiatie coronatoegangsbewijs (2G)

Geachte Kamerleden,

Het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM) heeft ernstige zorgen over het voorgenomen 2G-beleid en het wetsvoorstel voor een Tijdelijke wet differentiatie coronatoegangsbewijzen (2G) (hierna ook: maatregel of wet).

De aangekondigde maatregel roept mensenrechtelijke vragen op, omdat het een verdere tweedeling creëert in de samenleving en een grote inbreuk maakt op een aantal fundamentele rechten. Een dergelijke maatregel moet een noodzakelijk doel dienen. Ook mag dat doel niet met een ander, minder verstreckende maatregel evenzeer kunnen worden bereikt, noch mag dat doel worden bereikt met maatregelen die buitenproportioneel zijn ten opzichte van dat te bereiken doel. Deze mensenrechtelijke toets ziet op het behoud en de bescherming van de essentiële rechtsstatelijke en democratische grondbeginselen waarop onze vrije en open samenleving gestoeld is.

Het NJCM merkt op dat het doel van de 2G-maatregel (thans) onvoldoende duidelijk is, en mede daarom de noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit van de maatregel niet vermeld of onderbouwd wordt. De wetgever dient deze aspecten te waarborgen door deze op een transparante wijze te vermelden en bespreken, voorafgaand aan het vaststellen van de wettelijke maatregelen. Op dit moment zijn die vermelding en bespreking onvoldoende duidelijk waardoor de mensenrechtelijke vereisten niet getoetst kunnen worden. Wij roepen u op deze elementen aan de orde te stellen, goed te onderbouwen en daarover een afweging te maken met een stringentere mensenrechtentoets.

Positieve verplichtingen van de overheid

Alvorens in te gaan op de voorgestelde maatregel willen wij het volgende heel duidelijk benadrukken. De SARS-CoV-2 pandemie (hierna ook: corona of COVID-19) bevindt zich op dit moment weer op een hoogtepunt. Het aantal positief geteste mensen is ernstig toegenomen en dit aantal blijft toenemen. In de ziekenhuizen wordt hoog nodige zorg afgeschaald om ruimte te maken voor COVID-19 patiënten, wat tot schrijnende situaties leidt, waarbij bijvoorbeeld mensen niet-acute zorg moeten ontberen. Vaccinaties dragen er in grote mate aan bij dat de situatie niet nog verder verergert. Op grond van mensenrechtennormen rust op de overheid de verplichting om, in een situatie zoals die zich nu voordoet, maatregelen te nemen om haar burgers te beschermen.

Wij willen in dat verband verwijzen naar het recht op gezondheid zoals opgenomen in artikel 22 van de Grondwet,¹ alsmede naar de rechtspraak van het EHRM over de positieve verplichtingen die voor verdragsstaten bestaan ter bescherming van de fysieke integriteit van burgers, welke gelezen

¹ Artikel 22, eerste lid, Grondwet: De overheid treft maatregelen ter bevordering van de volksgezondheid.

kunnen worden in de artikelen 2, 3 en 8 EVRM.² De op de overheid rustende positieve verplichtingen vloeien dus onder meer voort uit het recht op leven (artikel 2 EVRM), de vrijwaring van onmenselijke of vernederende behandeling (artikel 3 EVRM) en het recht op bescherming van het privéleven (artikel 8 EVRM) alsmede ook artikel 35 EU-handvest grondrechten. Hier kan een basis gevonden worden voor overheidsoptreden ter voorkoming van de verspreiding van ernstige besmettelijke ziekten.

Desalniettemin is dit overheidsoptreden aan grenzen onderhevig, moet beleid goed onderbouwd worden en moeten andere mensenrechten niet onevenredig worden beperkt.

1 Noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit

Het EVRM bepaalt dat een beperking van de daarin opgenomen mensenrechten (a) moet zijn ingegeven door een dwingende maatschappelijke noodzaak en (b) in een evenredige verhouding moet staan tot het daarmee nagestreefde doel (proportionaliteitsvereiste). Bovendien dient het nagestreefde doel niet ook te kunnen worden bereikt met minder inbreuk makende beperkingen (subsidiariteitsvereiste).³

Onduidelijkheid leidt tot onrechtmatigheid

Gelet op deze criteria is de wetgever gehouden om de noodzaak, proportionaliteit en subsidiariteit van een voorgenomen maatregel helder te schetsen. Daarvoor is vooral eerst noodzakelijk dat de wetgever het doel of de doelen van de maatregel onverbloemd en helder benoemt en waarom dat doel/die doelen legitiem (noodzakelijk) is/zijn. Op het moment dat een doel onduidelijk is, is het op zichzelf al onrechtmatig om daartoe maatregelen te treffen. Maatregelen zonder duidelijke doelstelling zijn immers willekeurige handelingen van de overheid jegens burgers, wat in ieder geval in strijd is met het verbod op willekeur.

Toetsen 2G-maatregel onmogelijk

Als het doel niet helder wordt gesteld, is het bovendien onmogelijk om te kunnen toetsen of een maatregel doeltreffend is (er is immers geen doel om te treffen), en of er minder ingrijpende maatregelen zijn die hetzelfde doel zouden kunnen bereiken (er is immers geen doel).⁴ Het risico van vage of meerdere doelen gelijktijdig stellen is bovendien dat 'elke' maatregel bijdraagt aan dat doel, en daarmee de toetsing geen reële waarde heeft.

Het NJCM leest in het wetsvoorstel dat een 2G maatregel *“slechts van toepassing [is] indien de overdracht van het virus SARS-CoV-2 gelet op de wijze van samenkomst van personen met het oog op de gevolgen voor de volksgezondheid onvoldoende kan worden tegengegaan”* met een 3G bewijs.⁵ Hierin is geen enkel grijpbaar of concreet criterium opgenomen waaraan de noodzaak tot inzetten van 2G kan worden getoetst.

De Memorie van Toelichting (hierna ook: MvT) beschrijft het doel van de maatregel voorts als volgt:

“Het doel van 2G is om de snelheid van de verspreiding van het coronavirus af te remmen, daarmee de overbelasting van de zorg tegen te gaan en kwetsbare mensen in de samenleving te beschermen en

² EHRM 5 november 2020, nr. 18108/20 (Le Mailloux/Frankrijk).

³ VAR-preadvis 2021 *Coronacrisis en bestuursrechter: rechtsstatelijke en mensenrechtelijke dimensie*, p. 17

⁴ Met doeltreffendheid wordt bedoeld dat in redelijkheid moet kunnen worden verwacht dat de wet tot de verwezenlijking van de door de wetgever beoogde doelstellingen zal leiden. Indien er sprake is van meerdere doelen, dan vraagt het NJCM zich af hoe deze doelen zich tot elkaar verhouden; zijn deze nevensgeschikt of ondergeschikt aan elkaar?

⁵ Nieuw artikel 58raa lid 2 Wet publieke gezondheid.

sectoren die nu (gedeeltelijk) gesloten moeten blijven weer (geleidelijk) op een veilige manier te kunnen heropenen.”⁶

Ook deze doelstelling is dusdanig breed dat een goede toetsing wordt bemoeilijkt. Opmerkelijker is nog dat het OMT in het advies nr. 130, dat zich specifiek richt op 2G en 3G - gezamenlijk aangeduid als CTB-modaliteit -, het volgende stelt:

*“Een CTB-modaliteit is een middel om risico’s te beperken bij opening van sectoren, en géén maatregel om virusverspreiding te voorkomen en een epidemie te bestrijden, zoals de basisregels en collectieve maatregelen dat wel zijn”.*⁷

OMT advies 130 maakt daarmee duidelijk dat een 2G maatregel ondeugdelijk is voor het behalen van het in de MvT gestelde doel. Wil er dus enige rechtvaardiging zijn voor het invoeren van de 2G-maatregel, dan dient de doelstelling nader te worden bekeken en in lijn te worden gebracht met het laatste OMT advies.

Evidenced based policy en legislation

Omdat de 2G-maatregel zo ingrijpend is dient de maatregel goed en deugdelijk te zijn onderbouwd. Het NJCM benadrukt hoe essentieel in dit verband *evidence-based policymaking* of *evidence-based legislation* is.⁸ Hier bestaat echter een probleem in dit kader. Vaccinatie mag een van de belangrijkste middelen zijn om de coronapandemie te bestrijden. Echter, als wij in deze crisis een belangrijke les hebben mogen ervaren, is het dat het buitengewoon moeilijk is om voorspellingen te doen over effectiviteit van een vaccin of over reductie van de overdracht door gevaccineerden. De cijfers zijn veranderlijk. De cijfers van vandaag kunnen morgen achterhaald zijn. Voor de beoordeling van de 2G-maatregel kan dit betekenen dat de cijfermatige onderbouwing die het RIVM naar beste kunnen en weten en aan de hand van de nieuwste cijfers heeft opgesteld, toch op zichzelf onvoldoende rechtvaardiging oplevert. Om met een 2G-maatregel op fundamentele wijze in te grijpen in de samenleving lijkt ook een onderbouwing vereist die op de lange termijn stand houdt. Die onderbouwing lijkt er nu niet te zijn.

Indien de doelstelling en cijfermatige onderbouwing op orde zijn, moet vervolgens worden gekeken naar de noodzakelijkheid en proportionaliteit van maatregelen die een inbreuk op vrijheidsrechten opleveren. Dit vormt de kern van de toets aan mensenrechtennormen. Het is vooral een toets op de motivering van beslissingen, op de beargumenteerde onderbouwing ervan. Het principe van proportionaliteit komt in wezen neer op het zo goed mogelijk nastreven van maatwerk: een zo gepast mogelijke beperking waarmee het nagestreefde legitieme maatschappelijke doel voldoende wordt bereikt. Het NJCM wil in dit kader benadrukken dat de proportionaliteitstoets tijdens het wetgevingsproces nimmer een louter politieke afweging is die alles beslissend is. De proportionaliteitstoets is een samenspel van maatstaven en toetsingscriteria die voortvloeien uit grond- en mensenrechten en internationale normen, de noodzaak van evenredigheid tussen de aard van de maatregel en de ernst van de inperkingen, evenals het stelsel van de wet. Deze politieke ruimte bij de proportionaliteitstoets is dus ook begrensd.

⁶ MvT Tijdelijke wet differentiatie coronatoegangsbewijzen, p. 2

⁷ OMT advies 130, 22 november 2021, p. 6.

⁸ *Evidence-based policymaking* of *evidence-based legislation* is het invoeren van een beleid of wetgeving waarvan de uitvoering is gebaseerd op de best beschikbare informatie over doelmatigheid en doeltreffendheid.

Subsidiariteit: Doel 2G nader belicht

Als men naar het OMT advies 130 kijkt en de vragen die aan het OMT zijn gesteld, dan lijkt het doel van de 2G-maatregel te zijn dat COVID-19 zich minder snel verspreidt, zodat de ICU's (afkorting ICU: intensive care unit) minder toevloed hebben van ernstig zieke Covidpatiënten.

De vraag die hierover gesteld kan worden is of de meest voor de hand liggende maatregel daartoe niet zou kunnen zijn van het inrichten van méér ICU-plaatsen. Hoewel de rijksoverheid inmiddels anderhalf jaar weet wat de risico's van de huidige pandemie zijn t.a.v. deze ICU-plaatsen, wordt daaraan niet (zichtbaar) gewerkt. Hoewel die inspanning wellicht (veel) tijd vergt, en niet op de korte termijn resultaten kan leveren, is de vraag wel waarom enige actie op dat front volledig ontbreekt. De subsidiariteits eis verlangt dat deze maatregel, die vele malen minder verstrekkend is, en het meest directe effect resorteert voor het te bereiken doel (namelijk voldoende capaciteit op ICU's) op zijn minst wordt onderzocht op haalbaarheid, kosten, middelen, termijnen e.d. De kosten van meer ICU's lijken, in verhouding tot het beperken van de bewegingsvrijheid van grote groepen mensen, een proportionaliteitsvraag die onderbouwd beantwoord dient te worden.

Uitgangspunt van 2G lijkt te zijn dat het beperken van de bewegingsvrijheid van niet-gevaccineerde burgers minder mensen raakt, maar wel voldoende resultaat (verminderde verspreiding) oplevert om de ICU's te ontlasten. Dit standpunt dient vooral eerst met feiten te worden onderbouwd. Gevaccineerden kunnen, blijkens onderzoek, ook COVID 19 verspreiden; zij het wellicht in mindere mate dan niet-gevaccineerden. Hierover dient de overheid helderheid te geven door middel van cijfers of verwachte cijfers over verspreidingsresultaten van de ene t.o.v. de andere groep, en over de vermenging van de groepen.

In OMT advies 130 lijkt hiertoe een poging te zijn gedaan. Men heeft aan de hand van een modellering onderzocht "in standaard omstandigheden" wat de cijfermatige meerwaarde zou zijn van 2G ten opzichte van een 3G maatregel. Daaruit blijkt dat een 50% reductie van besmettingen en een 82% reductie van ziekenhuisopnames te verwachten is. Dit lijken indrukwekkende cijfers. Echter geeft het OMT niet aan wat "standaard omstandigheden" zijn, waarbij is gebleken dat naleving van de 3G maatregel slechts tussen 22% tot 40% ligt. Voorts geeft het OMT aan dat het realiseren van het maximale effect complex is en eigenlijk maatwerk vergt. De effectiviteit van de 2G maatregel lijkt onder de streep dus moeilijk te onderbouwen.

Als reeds gesteld, als de maatregel feitelijk al moeilijk te onderbouwen is, kan deze om die reden alleen al niet als proportioneel worden gezien, maar als willekeurig.

Subsidiariteit: onderbouwing is nog geen rechtvaardiging

Ook indien de maatregel wel onderbouwd kan worden betekent dat op zich zelf nog niet dat de maatregel daarmee legitiem is. Het is zaak om te kijken of met minder verstrekkende maatregelen hetzelfde doel kan worden bereikt. In dat verband dient in ieder geval een afweging te worden gemaakt ten aanzien van a) het effect van bijvoorbeeld mondkapjes voor allen eventueel op verschillende locaties ten opzichte van b) de bewegingsvrijheid inperken van een beperkte groep. Een dergelijke vergelijking dient dan evenwel met (geschatte) cijfers onderbouwd te worden.

Een andere minder vergaande maatregel is de huidige 3G- of een 1G-maatregel. Deze maatregelen leiden in mindere mate dan een 2G maatregel tot uitsluiting en tweesplitsing (van de samenleving) en hebben een grote mate van zekerheid te voorspellen of iemand bijdraagt aan een verlaagde verspreiding vector. Deze vector kan zelfs meer impact hebben dan de maatregel om de bewegingsvrijheid van gevaccineerden te blijven toelaten en de bewegingsvrijheid van (enkel) niet-gevaccineerden te beperken. Ook dit zal met (schattings-)cijfers dienen te worden onderbouwd. Het ontbreken van enige onderbouwing is ontoereikend. Want dit resulteert in willekeurig handelen t.a.v. een bepaalde groep die – voor een (alsdan) speculatief resultaat) – ernstig in vrijheden wordt beperkt.

Ernst aantasting mensenrechten leidend

Volgens het NJCM moet bij de proportionaliteitstoets niet zozeer het gewicht van de belangen van de 2G-maatregel leidend zijn bij de beoordeling van een belangenafweging, maar eerder de *ernst van de aantasting van de mensenrechten*. Het NJCM pleit bij deze maatregel te redeneren met een ‘omgekeerde proportionaliteitstoets’ en daarbij de belangenafweging te benaderen vanuit de ernst van de aantasting van de mensenrechten. In algemene zin vereist het proportionaliteitsbeginsel dat hoe sterker een mensenrecht beperkt wordt, hoe zwaarder de belangen moeten zijn die ingeroepen worden om de maatregel te verantwoorden. Het NJCM merkt op dat de mensenrechten met de 2G-maatregel zeer ernstig worden aangetast en deze ernstige aantasting brengt met zich mee dat de onderbouwing van de maatregelen ook veel zwaarder en strenger dient te zijn.

Maatschappelijke ongelijkheid

De ongelijke behandeling die met de 2G maatregel gepaard gaat dient ons inziens geen duidelijk legitiem doel. Mensenrechten kunnen enkel ingeperkt worden indien er geen andere, minder ingrijpende, maatregelen bestaan, en of de maatregel niet zwaarder is dan strikt noodzakelijk is om het doel te bereiken. Bovendien heeft het EHRM eerder geoordeeld dat maatregelen genomen dienen te worden met inachtneming van het non-discriminatiebeginsel van artikel 14 EVRM.⁹ Het NJCM wijst hier tevens op de *human rights based approach* (HRBA).¹⁰ Hieruit vloeit voort dat er bij het maken van beleid altijd oog moet zijn voor maatschappelijke ongelijkheid. De aandacht daarvoor vergt dan in het bijzonder dat bij het opstellen van beleid en het ontwerpen van maatregelen extra goed gelet wordt op de consequenties van dit beleid, de maatregelen in het algemeen en op de groepen binnen de samenleving die extra kwetsbaar zijn in het bijzonder.

2 Menselijke waardigheid

Tot op heden hebben de maatregelen in de bestrijding van de coronapandemie rechten van burgers op grote schaal ingeperkt. Deze maatregelen hebben in veel gevallen burgers in ongelijke mate getroffen, hoewel dit niet het expliciete doel van de maatregel was.

Met de 2G-maatregel lijkt de staat een maatregel te willen invoeren die als effect heeft een maatschappelijke tweedeling tussen gevaccineerden en niet-gevaccineerden. Er bestaat immers een aanmerkelijke kans dat dit kan leiden tot een mate van maatschappelijke uitsluiting van niet-gevaccineerden. Een samenleving waarin vaccinatie - wat een invasieve ingreep in de lichamelijke integriteit van burgers is - verplicht is om mee te kunnen doen aan het maatschappelijk leven. Hiermee worden burgers ten eerste ongelijk behandeld en wordt ook het (mensen)recht op lichamelijke integriteit en menselijke waardigheid hierdoor ernstig geraakt. Dit gegeven is als volgt verwoord in de preambule van de Universele Verklaring van de Mensenrechten:

“recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world”

Deze maatregel is daarmee ook een zware ingreep in fundamentele waarden van de rechtsstaat, de vrije samenleving en de vrijheid van mensen om eigen keuzes over hun privésfeer en hun eigen lijf en leven te maken en het recht op gelijke toegang tot grondrechten.¹¹

⁹ N. Mavronicola, “Positive Obligations in Crisis”, Strasbourg Observers, 7 april 2020.

¹⁰ VAR-advies 2021 *Coronacrisis en bestuursrechter: rechtsstatelijke en mensenrechtelijke dimensie*, p. 18

¹¹ O.m. artikelen 2 en 8 EVRM

Omdat de staat met de maatregel erop aanstuurt dat ongevaccineerden niet ten volle aan het maatschappelijke leven mee mogen doen, vreest het NJCM voor langdurige schadelijke effecten van de maatregel. Deze schadelijke effecten zullen ook na het opheffen van de maatregel voortduren. Te denken valt aan directe effecten zoals: het niet meer mee willen doen aan de basismaatregelen in de bestrijding van de coronapandemie, het niet meer mee willen doen aan het rijksvaccinatieprogramma en indirecte effecten zoals het zich steeds meer afzijdig houden van de maatschappij.¹² In het OMT advies 130 worden deze effecten ook onderschreven.

Het voorgaande moet reden zijn om de voorgestelde maatregel bijzonder kritisch te toetsen en om hogere eisen te stellen aan de proportionaliteit en subsidiariteit dan doorgaans gebruikelijk.

3 Gelijke toegang tot fundamentele rechten

Tot slot merkt het NJCM op dat het genot van de fundamentele rechten en vrijheden in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond dan ook (artikel 14 EVRM). Onderscheid op grond van iemands gezondheidsstatus valt daar ook onder.¹³ De toelichting op het wetsvoorstel voor 2G gaat hieraan voorbij, dit terwijl hier de fundamentele vraag rijst of er met dit wetsvoorstel geen moeilijk te rechtvaardigen onderscheid ontstaat.

Wij hopen dat u het voorgaande meeneemt in de verdere behandeling van het wetsvoorstel. We zijn graag bereid tot een nadere toelichting van deze brief.

Hoogachtend,



Kiki Udding
Uitvoerend secretaris NJCM

¹² Nu voor ongevaccineerd dadelijk met de 2G-maatregel weinig mogelijkheden voor verblijf buitenshuis over blijven, dreigt de grens bereikt te worden dat de 2G-maatregel neerkomt op vrijheidsbeneming. Zie ook het EHRM 20 mei 2021, 49933/20, NJ 2021/221, m.nt B.E.P. Myjer (Terheş/Roemenië) over de overblijvende mogelijkheden voor verblijf buitenshuis.

¹³ EHRM 2011, *Kiyutin t. Rusland*, § 57.