

Position paper

Langere termijn coronabeleid

*Ten behoeve van het rondetafelgesprek van de vaste commissie voor Volksgezondheid,
Welzijn en Sport van de Tweede Kamer der Staten-Generaal op 16 mei 2022*

Vooraf

Het College voor de Rechten van de Mens (hierna: het College) is verheugd de gelegenheid te krijgen om met de vaste commissie voor VWS in gesprek te gaan over het thema ‘langere termijn coronabeleid’. De centrale commissievraag aan het College luidt als volgt:

“Hoe moet de overheid omgaan met de spanning tussen het beschermen van de gezondheid enerzijds en het zoveel mogelijk waarborgen van vrijheidsrechten anderzijds? Hoe ver gaat haar verantwoordelijkheid om de volksgezondheid te waarborgen?”

De mensenrechtelijke opdracht voor de overheid om op te treden ter bescherming van de volksgezondheid

Mensenrechtennormen laten veel ruimte aan de overheid om maatregelen te treffen ter bescherming van de volksgezondheid, ook als die maatregelen een beperking van de vrijheid van burgers opleveren. Sterker nog, mensenrechtennormen als art. 22 Grondwet, art. 11 Europees Sociaal Handvest (ESH) en art. 12 Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) dwingen *boven alles* de overheid om op te treden tegen gezondheidsbedreigingen en om epidemieën te voorkomen.¹ Zo heeft het Europees Comité voor Sociale Rechten, dat toezicht houdt op de naleving van het ESH, benadrukt dat in tijd van een pandemie aan de bescherming van de gezondheid de hoogste prioriteit moet worden gegeven in beleid en regelgeving.² Het College hecht eraan te onderstrepen dat de genoemde verdragsbepalingen in dit opzicht niet slechts een beleidsdoel voor de overheid formuleren, maar een dwingende verdragsverplichting aan de overheid opleggen. Het niet-treffen van beschermende maatregelen of van maatregelen gericht op het tegengaan van de verspreiding van het ziekteverwekkende virus is mensenrechtelijk geen optie. In dat verband weegt zwaar dat het niet-treffen van maatregelen niet alleen consequenties heeft voor het recht op gezondheid, maar ook voor de uitoefening van vele andere (sociale) mensenrechten en voor het functioneren van de economie en het maatschappelijk leven.³

De vervolgvraag is dan hoever die mensenrechtelijke verplichting tot het treffen van beschermende maatregelen dan precies gaat, zeker als deze beschermende maatregelen een inbreuk op bepaalde vrijheidsrechten opleveren. Op dit punt bevatten de genoemde mensenrechtennormen geen heel exacte maatstaven.⁴ Desalniettemin zijn er wel enkele belangrijke uitgangspunten uit af te leiden. In de eerste plaats moet sprake zijn van een bescherming van de volksgezondheid die niet slechts in theorie bestaat, maar ook in de praktijk werkelijkheid wordt. Die praktische verwezenlijking vergt ten minste dat er voldoende financiële en operationele middelen worden ingezet, dat maximaal gebruik wordt gemaakt van de beschikbare financiële, technische en personele middelen om de gezondheids crisis te bestrijden. In de tweede plaats moeten de maatregelen erop gericht zijn om het aantal doden en gevallen van ernstige gezondheidsproblemen zoveel mogelijk in te perken. Dat vloeit voort uit het beginsel van menselijke waardigheid in samenhang met het recht op leven en het recht op lichamelijke integriteit zoals beschermd door de artikelen 2 en 3 van het Europees Verdrag voor de Rechten

¹ Daarnaast zijn bepalingen over een overheidsverplichtingen op het terrein van de gezondheidszorg te vinden in art. 12 VN-Vrouwenverdrag, art. 24 VN-Kinderrechtenverdrag en art. 24 VN-Gehandicaptenverdrag.

² European Committee of Social Rights, *Statement of interpretation on the right to protection of health in times of pandemic*, adopted by the Committee on 21 April 2020, Strasbourg: Council of Europe, p. 3.

³ In het in de voorgaande voetnoot genoemde *Statement* verwijst het ECSR o.m. naar het recht op veilige en hygiënische arbeidsomstandigheden, het recht op sociale en geneeskundige bijstand, het recht van ouderen op sociale bescherming, het recht van kinderen en jongeren op bescherming en gezondheidszorg.

⁴ Zie hierover ook B. Toebes, ‘Gezondheid als mensenrechten. Overpeinzingen in het licht van de coronacrisis’, *Ars Aequi*, maart 2021, p. 226-227. Zij verwijst naar par. 4 van Algemene Aanbeveling no. 14 van het VN-Comité inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten uit 2000, die een toelichting geeft op art. 12 IVESCR.

van de Mens (EVRM).⁵ Tegelijkertijd moeten, in de derde plaats, de effecten van beschermende maatregelen voor de mogelijkheden om via arbeid een inkomen te vergaren en voor de positie van werknemers niet uit het oog worden verloren: mensen moeten niet zodanig zwaar door die beschermende maatregelen worden getroffen dat hun recht op bestaanszekerheid fundamenteel wordt aangetast vanwege het wegvallen van economische activiteiten. En in de vierde plaats moeten maatregelen gericht zijn op 'health equity': bij het bieden van bescherming en het handelen van de overheid tijdens een pandemie moeten vermijdbare of oneerlijke verschillen tussen bevolkingsgroepen, op grond van sociale, economische, demografische, geografische of andere criteria worden voorkomen.⁶

In verband met dat laatste is het van belang op te merken dat er in de afgelopen jaren weliswaar veel discussie is geweest over het uitsluitende effect van de getroffen overheidsmaatregelen voor personen die zich daaraan niet wilden of konden conformeren, maar dat het niet-treffen van beschermende maatregelen net zo goed een maatschappelijke tweedeling veroorzaakt. Daardoor worden immers mensen die vanwege een zwakkere gezondheid of onderliggende kwalen een groter risico lopen op ernstige gevolgen in geval van besmetting min of meer gedwongen om, ter bescherming van zichzelf, zich te onthouden van deelname aan het maatschappelijk leven (vanwege een gebrek aan binnen het maatschappelijk leven getroffen beschermende maatregelen). Het beginsel van 'health equity' en het principe van non-discriminatie dat in alle mensenrechtennormen verankerd is, vergt nu juist dat bij het maken van beleid en het ontwerpen van maatregelen ter bescherming van de gezondheid bijzondere aandacht wordt besteed aan kwetsbare personen en groepen binnen de samenleving. Die bijzondere aandacht voor kwetsbare personen en groepen kan met zich brengen dat van de rest van de samenleving iets grotere opofferingen in de zin van vrijheidsbeperkingen worden verlangd.

Een algemeen uitgangspunt bij de verwezenlijking van het recht op gezondheid is dat de overheid verplicht is om de beschikbaarheid (*availability*), toegankelijkheid (*accessibility*), aanvaardbaarheid (*acceptability*) en kwaliteit (*quality*) van alle gezondheidsgerelateerde diensten te garanderen,⁷ het zogenoemde AAAQ-kader. Dit kader biedt aanknopingspunten voor de vormgeving van lange termijn coronabeleid. Zo dwingt het perspectief van beschikbaarheid van adequate gezondheidszorg tot het maken van nieuwe of aangepaste plannen over kwesties als het snel opschalen van IC-capaciteit, het invliegen van extra ziekenhuispersoneel en de aanstuurbaarheid van de productie (bijvoorbeeld in eigen land) van medische hulp- en beschermingsmiddelen. En het perspectief van toegankelijkheid dwingt bijvoorbeeld tot nadenken over preventieve maatregelen die getroffen zouden kunnen worden om de noodzaak van grote ingrepen in de bewegingsvrijheid van burgers zoveel mogelijk te beperken (denk bijvoorbeeld aan vaccinatie). Het niet-uitvoeren van enige analyse of het niet-maken van plannen voor nieuwe pandemische crisissituaties, kan naar het oordeel van het College gezien worden als het tekortschieten in de naleving mensenrechtelijke verplichtingen.⁸

⁵ De exacte aard van de beschermende maatregelen die de overheid moet treffen zal mede afhangen van hetgeen waartoe de overheid zich heeft verplicht op grond van de afspraken die zij heeft gemaakt als lid van de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO) en in het kader van de Internationale Gezondheidsregeling uit 2005, die regels bevat voor landen inzake het beheersen en bestrijden van grensoverschrijdende infectieziekten en ander ernstige gezondheidsincidenten. Zie voor een beknopte schets hiervan: A.C. Hendriks, 'Nood breekt wet in tijden van corona. Maar moeten we ons ook zorgen maken over onze rechtsstaat?', *NJB* 2020, p. 948-949.

⁶ Dit beginsel is geformuleerd door de WHO, zie: https://www.who.int/health-topics/health-equity?msclkid=a8635a0fcfc11ec940dcba28c6d46e0#tab=tab_1.

⁷ Toebes 2021, p. 227. Deze terminologie is ontleend aan de in de voetnoot 4 genoemde Algemene Aanbeveling No. 14 van het ICESCR.

⁸ Zie ook J.P. Loof, 'Coronacrisis en bestuursrecht: rechtsstatelijke en mensenrechtelijke dimensies', in: *Bestuursrecht in crisistijd* (Preadviezen VAR 2021), Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 15-18.

De overheid heeft een ruime beoordelingsmarge bij volksgezondheidskwesties

Ook onder art. 2 (recht op leven), 3 (verbod van onmenselijke of vernederende behandeling) en 8 (recht op bescherming van het privéleven) EVRM bestaan voor de overheid zogenoemde positieve verplichtingen om de gezondheid van mensen te beschermen.⁹ Daarbij geldt evenwel dat de overheid een ruime beoordelingsmarge heeft bij het maken van beleid ter zake. Zo dwingt bijvoorbeeld het gegeven dat het recht op leven in art. 2 EVRM op een absolute manier is geformuleerd er niet toe dat de overheid zich volledig onthoudt van enige beslissing die een negatieve impact kan hebben op de levensverwachting van een oudere persoon die in een verzorgingstehuis verblijft. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) ziet zo'n beslissing niet als een inbreuk op het recht op leven, maar beschouwt zo'n beslissing vanuit het perspectief van de positieve verplichting die op de overheid rust op het recht op leven op adequate wijze te garanderen. Daardoor creëert het EHRM ruimte voor het maken van beleidsafwegingen, waarbij ook kostenaspecten van ouderenzorg of medische zorg en dergelijke een rol kunnen spelen.¹⁰

Voorwaarden voor de beperking van vrijheidsrechten als gevolg van coronamaatregelen

Als er vrijheidsrechten worden ingeperkt om de gezondheid te beschermen, dan stellen zowel de Grondwet als allerlei mensenrechtenverdragen grenzen aan die vrijheidsbeperkingen. Het gegeven dat er een mensenrechtelijke plicht is om bepaalde beschermende maatregelen te treffen doet niets af aan de eis dat deze grenzen in acht moeten worden genomen. Belangrijk is dat de rechten en vrijheden die in de afgelopen periode ingeperkt werden als gevolg van de coronamaatregelen geen absolute rechten zijn. Inbreuken zijn mogelijk, bijvoorbeeld ook op het recht op lichamelijke integriteit, de vrijheid van vergadering of betoging en de godsdienstvrijheid. Wil een inbreuk op vrijheidsrechten gerechtvaardigd zijn, dan zal deze in de eerste plaats 'bij wet voorzien' moeten zijn. De Grondwet eist dan – in ieder geval bij min of meer langdurige inperking van vrijheden – dat de inbreuk is gebaseerd op een wet in formele zin. In de tweede plaats moet een inbreuk 'noodzakelijk in een democratische samenleving' zijn. Met name in de EHRM-jurisprudentie is de betekenis van deze frase nader uitgelegd. Het EHRM heeft duidelijk gemaakt dat de beperking (a) moet zijn ingegeven door een dwingende maatschappelijke noodzaak en (b) in een evenredige verhouding moet staan tot het daarmee nagestreefde doen (proportionaliteitsvereiste). Aan dat proportionaliteitsvereiste kan dan nog worden toegevoegd de eis dat het nagestreefde legitieme doel niet met minder inbreukmakende middelen kan worden bewerkstelligd (subsidiariteitsvereiste).

Het is van belang om zich te realiseren dat de manier waarop vrijheidsrechten worden beschermd in een verdrag zoals het EVRM vooral tot uiting komt in een verplichting om beperkingen van die vrijheden vast te leggen in een wettelijke regeling die via een zorgvuldige procedure tot stand komt en die voldoende duidelijk is zodat personen hun gedrag kunnen afstemmen op die regeling en in een verplichting om een zorgvuldige afweging te maken over de noodzakelijkheid en proportionaliteit van een bepaalde beperkende maatregel. Het EVRM bepaalt niet zelf wat wel of niet noodzakelijk en proportioneel is, wel dwingt het EVRM ertoe dat de nationale autoriteiten op deze punten een zorgvuldige afweging verrichten, waarbij gebruik gemaakt wordt van alle relevante medische en epidemiologische inzichten en ook de maatschappelijke omstandigheden in het betreffende land worden meegewogen. Er is dus een harde mensenrechtelijke en juridische eis van noodzakelijkheid en proportionaliteit, maar de

⁹ Zie voor een recente bevestiging hiervan in de context van de coronacrisis: EHRM 5 november 2020, nr. 18108/20 (*Le Mailloux t. Frankrijk*), § 9.

¹⁰ EHRM 4 mei 2010, nr. 53586/09 (*Watts t. Verenigd Koninkrijk*).

uitkomst van de afweging over die noodzakelijkheid en proportionaliteit is afhankelijk van allerlei niet-juridische informatie en deskundigheid.¹¹

Uit de EHRM-jurisprudentie wordt duidelijk dat ook bij het bepalen van de noodzakelijkheid en proportionaliteit van vrijheidsbeperkende maatregelen aan de overheid een ruime beoordelingsmarge toekomt, zeker als die maatregelen het belang van de volksgezondheid dienen. Zo laat het EHRM-arrest in de zaak *Vavříčka en anderen t. Tsjechië* zien dat verplichte vaccinatie onder omstandigheden gerechtvaardigd kan zijn, ook als in de wettelijke regeling die deze vaccinatie verplicht stelt geen uitzonderingsmogelijkheid is opgenomen voor personen met godsdienstige bezwaren tegen vaccinatie.¹² Dit arrest illustreert dat de overheid de nationale omstandigheden, zoals de epidemiologische en maatschappelijke omstandigheden, zwaar mag laten meewegen in haar beleidskeuzes. Dit betekent echter niet dat elke inperking van vrijheden door het EHRM gerechtvaardigd geacht zal worden in een pandemische crisissituatie. In het recente arrest *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) t. Zwitserland* oordeelde het EHRM dat de maatregelen die in het Zwitserse kanton Genève waren getroffen in de eerste maanden van de pandemie en die neerkwamen op een zo goed als absoluut verbod op het organiseren van publieke manifestaties en demonstraties disproportioneel waren en in strijd kwamen met art. 11 EVRM (vrijheid van vergadering).¹³ In deze zaak speelde het gegeven dat de Zwitserse gerechten geen mogelijkheden hadden om een vorm van rechterlijke controle op de proportionaliteit van deze vrijheidsbeperking uit te oefenen een doorslaggevende rol. Het was vooral dit gebrek aan rechterlijke controle dat het EHRM tot de conclusie van een schending van art. 11 EVRM bracht.

Waar de Nederlandse Grondwet voor de bewaking van de proportionaliteit van vrijheidsbeperkende maatregelen vooral veel belang hecht aan invloed van de volksvertegenwoordiging (via de wetsprocedure), ligt in de toetsing door het EHRM het accent dikwijls op het bestaan van rechterlijke toetsingsmogelijkheden om in individuele gevallen enigerlei vorm van maatwerk qua proportionaliteit af te dwingen.

Houd rekening met de positie van mensen met een beperking bij het maken van langere termijn coronabeleid

Hierboven heeft het College reeds benadrukt dat mensenrechten de overheid verplichten om mensen in de meest kwetsbare situaties te beschermen en ervoor te zorgen dat de maatregelen ter bestrijding van de pandemie op de lange termijn hen niet onevenredig zwaar treffen. Als toezichthouder op de naleving van het VN-verdrag handicap in Nederland wijst het College hierbij specifiek op de positie van mensen met een beperking. Zij werden onevenredig geraakt door maatregelen ter inperking van de pandemie en konden niet altijd op begrip rekenen van zowel publieke autoriteiten als medeburgers waar het gaat om de specifieke behoeften die zij hebben. Het is dan ook van belang om direct volledig en praktisch uit te werken welke maatregelen in de toekomst nodig zijn om de bescherming en veiligheid van personen met een fysieke of psychische beperking te waarborgen, en welke wettelijke uitzonderingen en ontheffingen er voor hen zouden moeten gelden.

¹¹ Zie over de ingewikkeldheden die zich voordoen bij het uitvoeren van de mensenrechtelijke proportionaliteitsstoets in een situatie van een pandemie: J.P. Loof, 'Coronacrisis, staatsnood(recht) en mensenrechten: beeld van een driehoeksverhouding', *Ars Aequi* 2021, p. 679-680 en Loof 2021 (*supra* voetnoot 8), p. 50-55.

¹² EHRM 8 april 2021, nrs. 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19298/15, 19306/15 en 43883/15 (*Vavříčka and Others v. the Czech Republic*), § 274. Zie hierover ook: [Uitspraak Europees Hof voor de Rechten van de Mens: kleuterscholen mogen kinderen weigeren die niet zijn gevaccineerd tegen kinderziekten | College voor de Rechten van de Mens \(mensenrechten.nl\)](#).

¹³ EHRM 15 maart 2022, nr. 21881/20 (*CGAS t. Zwitserland*).

Het belang hiervan blijkt onder meer uit het zeer grote aantal vragen dat het College heeft ontvangen en de verschillende oordelen die het College heeft gegeven over de mondkapjesplicht. Uit die meldingen bij en oordelen van het College blijkt dat er veel onduidelijkheden en conflictsituaties waren rondom het leveren van bewijs van een handicap of chronische ziekte die in de weg zou staan aan het dragen van een mondkapje en de manier waarop controle hierop moest worden vormgegeven. De overheidsregels voorzagen in uitzonderingen op de mondkapjesplicht voor mensen die vanwege een beperking of ziekte niet in staat waren een mondkapje te dragen, maar boden geen sluitende regeling omtrent het aantonen van de aanwezigheid van die beperking of ziekte. En dat leverde in de uitvoeringspraktijk veel conflictsituaties en discriminatieklachten bij het College op.

Een leidende rol voor de overheid

Op basis van zijn ervaring met de bovengenoemde conflictsituaties in de afgelopen periode van vrijheidsbeperkende coronamaatregelen hecht het College eraan om te benadrukken dat de zorgvuldige afweging van belangen die nodig is om te voldoen aan mensenrechtelijke voorwaarden bij de inperkingen van vrijheidsrechten in handen moet liggen van de overheid. Uit de brieven over het langere termijn coronabeleid die het kabinet in de afgelopen maanden aan de Tweede Kamer heeft gestuurd is het beeld ontstaan dat het kabinet er naar streeft om het antwoord op een toekomstige coronacrisis meer 'aan de samenleving te laten' en minder snel over te gaan tot door de overheid opgelegde vrijheidsbeperkende maatregelen. Het College wijst erop dat een dergelijke overheidshouding weliswaar positief geduid kan worden omdat die getuigt van grote terughoudendheid in het treffen van vrijheidsbeperkende maatregelen, maar dat daaraan het risico kleeft dat de beslissing om beschermende maatregelen te treffen, bijvoorbeeld binnen een bepaald bedrijf of binnen een bepaalde sector, komt te liggen bij werkgevers of andere private actoren, ook als die maatregelen een vorm van vrijheidsbeperking met zich brengen. Deze actoren zijn veelal niet zo goed (juridisch en mensenrechtelijk) geëquipeerd om de zorgvuldige belangenafweging te maken die door mensenrechtennormen wordt vereist.

Samengevat

Er is een mensenrechtelijke opdracht voor de overheid om op te treden ter bescherming van de gezondheid, maar tegelijkertijd stellen de Grondwet en allerlei mensenrechtenverdragen ook grenzen aan de inbreuk op allerlei vrijheidsrechten die daarbij plaatsvindt. Bij de rechten en vrijheden zoals het recht op privéleven of de vrijheid van vergadering en betoging geldt de bescherming van de volksgezondheid als legitiem doel om inbreuken te kunnen rechtvaardigen. Maar naast zo'n legitiem doel moet nog aan enkele andere eisen worden voldaan, wil een inbreuk echt gerechtvaardigd zijn: de eis van een wettelijke basis en de eis van noodzakelijkheid en evenredigheid (proportionaliteit). Het bepalen van die noodzakelijkheid en proportionaliteit vergt een zorgvuldige afweging van belangen, waarbij alle relevante medische en epidemiologische informatie en deskundigheid moet worden en ook andere maatschappelijke factoren moeten worden betrokken. Het College pleit ervoor dat de overheid in het maken van die afweging een leidende rol speelt en deze niet volledig overlaat aan andere maatschappelijke actoren. Tot slot blijft in de toekomst extra aandacht nodig voor mensen met een beperking en andere personen in een kwetsbare situatie. In het algemeen is er een mensenrechtelijke verplichting om bij veiligheids- en gezondheidsrisico's ervoor te zorgen dat niemand gedwongen verstoken blijft van hulp en zorg.