

Vaccinatiedrang vanuit grondrechtelijk perspectief bezien

BZK/CZW, 24 november 2020

In deze notitie wordt een inschatting gemaakt van de grondrechten die aan de orde komen bij de vaccinatie tegen het Covid-19 virus en de mogelijkheden die daardoor ontstaan tot versoepeling van de maatregelen die op dit moment worden getroffen om verdere verspreiding van het virus te voorkomen. Voor een groot deel betreft het nieuwe vraagstukken. De in deze notitie opgeworpen vragen zullen dan ook nog nader moeten worden doordacht. Ook is dit vraagstuk nog niet tegen het licht gehouden van de vereisten van de AVG.

Wat verstaan we onder vaccinatiedwang en vaccinatiedrang?

- Vaccinatiedwang wil zeggen dat de overheid mensen verplicht om zich te laten vaccineren. Vaccinatiedrang, of ook wel indirecte vaccinatiedwang, wil zeggen dat particuliere bedrijven, zoals horeca, van klanten en werknemers verlangen dat ze zich vaccineren. Als veel ondernemers die eis stellen, kan dat mensen ertoe aanzetten om zich te laten vaccineren.

Welke grondrechten zijn hierbij in het geding?

- Er vindt hier een botsing van grondrechten plaats.
- Aan de ene kant staan de rechten van de burgers die gebruik (willen) maken van de diensten, met name diegenen die (gewetens)bezwaren hebben tegen vaccinatie. Zij hebben in beginsel recht op eerbiediging van die bezwaren, met name als die voortkomen uit hun godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging. Dit volgt uit het recht op vrijheid van godsdienst of levensbeschouwing (artikel 6 Grondwet) en het recht op gelijke behandeling (artikel 1 Grondwet)¹. Het ogenschijnlijk neutrale vereiste dat je gevaccineerd moet zijn als je gebruik wil maken van een dienst, kan in strijd zijn met het recht op gelijke behandeling als het beschermde groepen – zoals gewetensbezwaarden – in het bijzonder raakt. Dat is hier het geval. Dit zogenaamde indirecte onderscheid kan gerechtvaardigd zijn als het noodzakelijk is, bijvoorbeeld ter bescherming van de volksgezondheid. Daarnaast moet het onderscheid proportioneel zijn en moet het doel van de vaccinatie niet op een minder vergaande manier kunnen worden bereikt. Dat wil zeggen dat bijvoorbeeld essentiële diensten beschikbaar moeten blijven voor iedereen. En, gesteld dat het doel is dat bedrijven weer onder min of meer normale condities open mogen, het niet mogelijk is om dat te bereiken zonder vaccinatievereiste.
- Ook het recht op respect voor de lichamelijke integriteit en het recht op privacy zijn hier van belang. Ook deze rechten staan in beginsel toe dat daarop voor de bescherming van de volksgezondheid inbreuk wordt gemaakt, mits die inbreuk noodzakelijk en proportioneel is. Voor een dergelijke inbreuk is een wettelijke basis nodig. Wat betreft het recht op lichamelijke integriteit en privacy zal een inbreuk zich vooral voordoen wanneer er geen of erg beperkte keuzemogelijkheden overblijven voor niet-gevaccineerden.
- Aan de andere kant staan de grondrechten van de ondernemers, met name de ondernemers in de sectoren waar nu verregaande beperkingen gelden, zoals een beperking van het aantal klanten in een bedrijfspand of zelfs een tijdelijke sluiting. Hun recht op eigendom is in het geding, nu voorstelbaar is dat een langere periode van beperkingen tot faillissementen zal leiden.
- Ook de rechten van burgers die zich wél willen laten vaccineren wegen hier mee: de geldende maatregelen houden immers even goed inperkingen in van grondrechten, zoals de bewegingsvrijheid en het recht op persoonlijke levenssfeer (waarin je onder andere zelf mag bepalen met hoeveel mensen je samenkomt). Vaccinaties kunnen ertoe leiden dat die inperkingen (deels) niet langer noodzakelijk zijn.

¹ Artikel 1 Grondwet verbiedt discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook. Discriminatie is onderscheid maken, zonder dat daarvoor een objectieve rechtvaardiging kan worden gegeven. Indien een objectieve rechtvaardiging aanwezig is, biedt artikel 1 Grondwet dus een wettelijke basis voor een verschil in behandeling.

- Deze rechten en beperkingen moeten tegen elkaar worden afgewogen. De ondergrens is dat essentiële diensten beschikbaar blijven voor iedereen. Daarnaast is met name de proportionaliteitsvraag relevant. Die vraag moet verschillend beantwoord worden voor verschillende groepen diensten, zoals hieronder in het schema uiteen is gezet.

Toelichting op het schema: welke diensten zijn te onderscheiden?

Hieronder wordt voor degenen die van verschillende soorten voorzieningen gebruik willen maken uitgedacht voor de afname welke soort diensten het stellen van een vaccinatieplicht mogelijk zou kunnen zijn.

- 1) **Publieke voorzieningen** zoals de toegang tot gemeentehuizen en voorzieningen met een publiek karakter, zoals de toegang tot ziekenhuiszorg en onderwijs. De overheid moet hier de proportionaliteitsafweging maken.
- 2) **Private diensten uit sectoren die nu vanwege de corona maatregelen gesloten zijn of zeer beperkt zijn in hun ondernemersvrijheid**, zoals evenementen, horeca of vliegvluchten.
Bedrijven en verenigingen zijn vrij om de voorwaarden te stellen waaronder hun producten of diensten worden afgenomen, mits zij in overeenstemming handelen met de wet. De overheid speelt hier normaliter een terughoudende rol, behalve door het stellen van wettelijke randvoorwaarden. In de huidige context is dit evenwel anders, omdat de overheid aan diverse sectoren beperkende maatregelen heeft opgelegd. Een mogelijkheid is voor de overheid om deze sectoren toe te staan om weer 'normaal' open te gaan als zij hun diensten aanbieden in een omgeving waarin betrokkenen zijn gevaccineerd. Daarvoor moet wel een wettelijke basis worden gecreëerd, met name omdat dit betekent dat de werknemers in die sectoren een vaccinatie niet of niet makkelijk zullen kunnen weigeren vanwege de afhankelijkheidsrelatie.
- 3) **Private diensten uit sectoren die nu – min of meer – normaal kunnen opereren.**
Ook voor deze bedrijven geldt dat zij in beginsel zelf mogen bepalen onder welke voorwaarden zij hun diensten willen aanbieden. De ondernemer bij niet-essentiële diensten moet de proportionaliteitsafweging maken en onderbouwen.

Type dienst	Essentieel	Niet-essentieel
Publieke voorziening (bijvoorbeeld toegang tot gemeentehuizen) en private voorzieningen met publiek karakter (onderwijs, zorg)	Niet proportioneel om deze diensten afhankelijk te maken van vaccinatie vereiste	
Dienst uit sector die nu vanwege covid-19 maatregelen gesloten is (bijvoorbeeld luchtvaart, evenementen, horeca)	Niet proportioneel om deze diensten afhankelijk te laten zijn van vaccinatie vereiste	Proportionaliteit moet door de ondernemer én de overheid worden bepaald, nu de overheid actief moet handelen. De ondernemer voor zijn individuele geval, de overheid moet het grote geheel overzien en een wettelijke basis bieden voor inbreuken op de lichamelijke integriteit en de persoonlijke levenssfeer (met name aan de orde bij het vragen om een vaccinatiebewijs)
Dienst uit sector die niet vanwege covid-19 maatregelen gesloten is (bijvoorbeeld supermarkten,	Niet proportioneel om deze diensten afhankelijk te laten zijn van vaccinatie vereiste	De ondernemer moet de proportionaliteitsafweging maken en onderbouwen.

apotheken, winkels, sportscholen)		
-----------------------------------	--	--

Welke overwegingen gelden ten aanzien van de proportionaliteitsvraag?

- Ten eerste geldt dat we niet in een normale situatie verkeren, maar in een pandemie en dat de vaccinatiegraad nog moet worden opgebouwd. Diverse grondrechten worden ten behoeve van de bestrijding van de pandemie ingeperkt, zoals het recht op bewegingsvrijheid. Dat is op zichzelf niet anders bij de vaccinatiedrang.
- Daarnaast geldt dat deze situatie niet vergelijkbaar is met enige andere situatie waarin we eerder hebben verkeerd, zoals bij een griepgolf. De huidige situatie vraagt om steviger ingrijpen – en daarmee mogelijk om andere maatregelen.
- Tegelijkertijd is van belang om bedrijven én burgers perspectief te bieden. Maar altijd moet worden bekeken of het vereisen van een vaccinatie de enige weg is om dat perspectief te bieden, of dat er minder ‘zware’ mogelijkheden open staan.
- Het actief faciliteren van indirecte vaccinatiedwang betekent immers ook dat de gewetensbezwaarden langere tijd uitgesloten zullen worden van diverse diensten. Daarom is het belangrijk dat essentiële diensten voor iedereen beschikbaar blijven.
- Dit zal vragen oproepen over welke bedrijven essentiële diensten leveren.
- Ook kunnen diensten mogelijk wel openen/ open blijven voor niet-gevaccineerden – mits wordt voldaan aan de huidige beperkende maatregelen zoals de 1,5 meter regel en maximale groepsgrootte. Dat is van belang voor de keuzevrijheid van gewetensbezwaarden.
- Er moet ook worden nagedacht over een strategie voor de langere termijn: een blijvende tweedeling in de samenleving is niet wenselijk.
- Uiteindelijk zal de afweging of het proportioneel is ook een politieke afweging vragen, waarbij ook van belang is welk draagvlak er in de samenleving is voor de vaccinaties en de indirecte vaccinatiedwang.
- Daarbij moet ook worden bedacht dat de discussie rond vaccinatiedrang door bedrijven ook in het buitenland speelt. Zie het bericht van maandag 23 november jl. dat de Australische luchtvaartmaatschappij Qantas heeft aangekondigd in de toekomst waarschijnlijk alleen nog gevaccineerde reizigers te willen vervoeren. Die geluiden zullen ook overwaaien naar Europa, waardoor onder de huidige beperkende maatregelen de druk op Nederlandse bedrijven alleen maar groter wordt.

Specifieke overwegingen ten aanzien van werknemers

- Voor werknemers in de betrokken sectoren geldt wel dat de vaccinatiedrang sterker zal zijn dan voor klanten/sporters/etc: zij zullen vaccinatie minder gemakkelijk kunnen weigeren. Juist vanwege de afhankelijkheidsrelatie tussen werkgevers en werknemers moet, indien een verplichte vaccinatie noodzakelijk zou zijn, daarvoor wettelijke basis zijn.
- Of het mogelijk is om werknemers in de betrokken sectoren een feitelijke vaccinatieplicht op te leggen, moet nog nader worden uitgezocht. Op dit moment geldt bijvoorbeeld voor zorgmedewerkers dat zij niet kunnen worden verplicht om de jaarlijkse griepvaccinatie te ontvangen. De vraag is of het vol te houden is dat zorgmedewerkers, die werken met mensen voor wie besmetting met Covid-19 de ernstigste consequenties kan hebben, niet tot vaccinatie daartegen zouden kunnen worden verplicht. Tegelijkertijd maakt een dergelijke verplichting een grote inperking van hun grondrechten.

Welke andere bezwaren en overwegingen gelden er?

- De vraag is hoe mensen kunnen aantonen dat zij gevaccineerd zijn op een manier die niet vatbaar is voor fraude en in overeenstemming is met privacy regelgeving. Een

vaccinatiebewijs bevat medische informatie over de persoon: voordat om een dergelijk bewijs kan worden gevraagd, en omdat toestemming niet als basis kan dienen, moet er een specifieke wettelijke basis voor worden gemaakt.

- Verder geldt dat omdat Covid-19 wereldwijd voorkomt, het eenvoudig kan worden meegenomen uit het buitenland. Dit betekent dat er een aanvullend test- en vaccinatiebeleid moet worden opgesteld ten aanzien van reizigers uit het buitenland.

Grootschalig testen

- Het valt te verwachten dat er ook bedrijven zijn die van werknemers of klanten een negatief testresultaat zullen verlangen voor toegang tot de werkvloer, respectievelijk de toegang tot hun diensten. Met een dergelijke eis wordt een minder grote inbreuk gemaakt op de lichamelijke integriteit dan met het stellen van een vaccinatie-eis.
- Met het stellen van de eis van een negatief testresultaat wordt geen onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging gemaakt. Anders dan het weigeren van een vaccinatie kan het weigeren van een Covid-19 test immers niet te zien als een uiting van een religieuze of levensbeschouwelijke overtuiging.
- Evenals bij het stellen van een vaccinatie-eis wordt met het verlangen van een negatief testresultaat wanneer toestemming niet als basis kan dienen wel een inbreuk gemaakt op de privacy van de betrokkene. Ook het vereisen van een negatief testresultaat als voorwaarde voor een dienst, vraagt dan ook om een specifieke wettelijke basis omdat ook zo'n testresultaat medische informatie over een persoon bevat.

Conclusie

Na maandenlang geconfronteerd te zijn geweest met beperkende overheidsmaatregelen om verspreiding van Covid-19 tegen te gaan, zullen bedrijven weer hun deuren willen openen en burgers weer van meer vrijheden willen genieten. Omdat op termijn voor iedereen de mogelijkheid bestaat zich te laten vaccineren, zullen bedrijven vaccinatie als eis willen stellen, zodat zij een veel grotere groep klanten kunnen bedienen dan onder de huidige beperkende overheidsmaatregelen mogelijk is. Voor essentiële sectoren ligt het niet voor de hand om de mogelijkheid van een vaccinatieplicht in te voeren, aangezien gewetensbezwaarden daardoor bijzonder hard zouden worden getroffen. Voor niet essentiële sectoren ligt dat anders. Enerzijds omdat ondernemers in deze sectoren op dit moment worden getroffen door de thans geldende beperkende maatregelen. Het hanteren een vaccinatieplicht komt voor deze bedrijven dan in plaats van de huidige beperkende maatregelen. Aangezien het gaat om niet-essentiële diensten worden consumenten met gewetensbezwaren door een vaccinatieplicht niet disproportioneel getroffen. Wel dient te worden voorzien in een wettelijke basis voor het vragen om een vaccinatie- of testbewijs wanneer toestemming niet als basis kan dienen, nu dit bijzondere persoonsgegevens zijn.

Ten aanzien van werknemers geldt in alle sectoren dat een verplichting tot vaccinatie al snel leidt tot een (indirecte) vorm van dwang.

Tot slot: een gang naar de rechter staat altijd open. Het is uiteindelijk aan de rechter om te bepalen of vaccinatie als eis voor de toegang tot diensten in een individueel geval disproportioneel uitpakt.