

# TvMR

TIJDSCHRIFT VOOR MENSENRECHTEN



In dit nummer:

Energievoorziening en  
-armoede.

Vaccinatieplicht in de zorg.

Het CST als vaccinatie-duwtje.

20ste jaargang • nr. 2  
april-mei-juni 2022  
Driemaandelijke uitgave

Een uitgave van

**LIGA** VOOR  
MENSEN  
RECHTEN

Afgiftekantoor: 9000 Gent Nieuwevaart  
Bg FATIK PA3A9109  
Afsendadres: Liga voor Mensenrechten  
Leopold II laan 53, 1080 Sint-Jans-Molenbeek  
V.U.: Kati Verstrepen  
Leopold II laan 53, 1080 Sint-Jans-Molenbeek

## Colofon

### TvMR

Tijdschrift voor Mensenrechten  
Driemaandelijks uitgave  
Verschijnt vier keer per jaar  
Aanbevolen citeerwijze: TvMR

ISSN 1379-0250

### Redactie

*Hoofdredeacteurs:* Stijn Smet (Universiteit Hasselt) en Jonas Vernimmen (KU Leuven).

*Eindredactie:* Fabian Van Samang.

*Redactie:* Eva Albers, Deborah Casalin, Charline Daelman, Caroline De Geest, Paul De Hert, Dominique De Meyst, Marijke De Pauw, Willem Debeuckelaere, Hannah Aziza Ghulam Farag, Hadjira Hussain Khan, Louise Janssens, Véronique Joosten, Eline Kindt, Laurens Lavrysen Marike Lefevre, Mathieu Leloup, Michaël Merrigan, Annelies Nachtergaele, Paul Pataer, Louise Reyntjes, Thea Staes, Maxime Stroobant, Aurelie Van Baelen, Jozefien Van Caeneghem, Catherine Van De Heyning, Sarah Van Meel.

**Tijdschrift voor Mensenrechten is een initiatief van de Liga voor Mensenrechten.**

Abonnement op TvMR? Bel 09/223.07.38

### Redactiesecretariaat

Liga voor Mensenrechten vzw.  
Leopold II laan 53, 1080 Sint-Jans-Molenbeek  
e-mail: [info@mensenrechten.be](mailto:info@mensenrechten.be)  
website: <https://mensenrechten.be>

### Redactionele samenwerking en disclaimer

Het Tijdschrift voor Mensenrechten is een initiatief van de Liga voor Mensenrechten vzw. De redactie heeft een volstrekt autonoom statuut. Het TvMR strekt tot het aanmoedigen van het onderzoek naar actuele mensenrechtentema's en het verspreiden van de kennis hierover.

Voor publicatie aangeboden teksten, arresten en vonnissen en te bespreken boeken mogen rechtstreeks naar het redactiesecretariaat worden gestuurd. De redactie behoudt zich alle rechten voor de publicatie van ingezonden artikels, werken, advertenties, e.d. te weigeren.

Aan de totstandkoming van deze publicatie is de uiterste zorg besteed. De redactie waakt over het wetenschappelijk karakter van de artikelen via een proces van peer review. Voor informatie die nochtans onvolledig of onjuist is opgenomen, aanvaarden de redactie en de uitgever geen verantwoordelijkheid. Elke auteur is verantwoordelijk voor zijn/haar eigen redactionele bijdragen..

### Jaarabonnements tijdschriften

Abonnement op Tijdschrift voor Mensenrechten: €35  
Abonnement op Fatik, tijdschrift voor Strafbeleid en Gevangeniswezen: €40  
Abonnement op beide tijdschriften: €70  
Steunabonnement op beide tijdschriften: €96

rek.nr. BE34 0011 2701 3290

Meer informatie bij Liga voor Mensenrechten.

### TvMR online

Je kan TvMR online raadplegen. Het meest recente nummer is enkel beschikbaar voor abonnees.

© Niets uit deze publicatie mag worden veelevoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, elektronische gegevensdragers of welke andere wijze dan ook, zonder voorafgaande, uitdrukkelijke en schriftelijke toestemming van de uitgever.

## Update

3

Studiedag 'Police Watch' rond klachtenmechanismen

30<sup>ste</sup> editie Prijs voor Mensenrechten op 18 juni 2022

Seminarie en webinar voor een sterk Vlaams Mensenrechten-instituut

## Editoriaal

4

Tijd voor Mensenrechten  
Stijn Smet & Jonas Vernimmen

## Artikel

5

Energievoorziening en -armoede: een mensenrechtenperspectief  
Wouter Vandenhole & Frédéric Vanneste

Vaccinatieplicht in de zorg: een schending van het gelijkheidsbeginsel of een gerechtvaardigd verschil in behandeling?  
Lien Aerts

Het CST als vaccinatie-duwtje. *Nudging* in mensenrechtenperspectief  
Paul De Hert

## Rechtspraak

19

Mentaal zieken en hun bescherming tegen uitwijzing onder artikel 3 en 8 EVRM, *revisited*  
Ellen Vandennieuwenhuysen

## Interview

22

Gelijkheidsdata om discriminatie te bestrijden  
Dominique De Meyst

### Studiedag 'Police Watch' rond klachtenmechanismen

Op 25 april organiseerde 'Police Watch', een project van de Liga voor Mensenrechten en de *Ligue des Droits Humains*, een studiedag in Brussel. De dag werd georganiseerd naar aanleiding van het nieuwe rapport van 'Police Watch' over de klachtenmechanismen voor politie in België. 'Police Watch' onderzocht hoe slachtoffers naar die klachtenmechanismen kijken en hoe we het systeem kunnen verbeteren. Op de studiedag was ook Kathleen Stinckens als voorzitter van Comité P aanwezig, net als heel wat academici en activisten. Het rapport kan teruggevonden worden op <https://policewatch.be>.

---

### 30<sup>ste</sup> editie Prijs voor Mensenrechten op 18 juni 2022

Door een nieuwe coronagolf moesten we in de winter van 2021 met spijt in het hart onze dertigste editie van de Prijs voor Mensenrechten uitstellen. Op 18 juni 2022 zetten we nu echt onze vijf verdiende Prijswinnaars in de bloemetjes: Ayoub Bouda, Baas Over Eigen Hoofd!, Zwijgen Is Geen Optie, Roger Lybaert en Radio Gaga. Het is tevens de dertigste editie van de Prijs voor Mensenrechten, die dit jaar in het teken van vrijheid staat. Meer info of de replay van het evenement bekijken kan op [prijs.mensenrechten.be](https://prijs.mensenrechten.be).

---

### Seminarie en webinar voor een sterk Vlaams Mensenrechteninstituut

De Vlaamse regering kondigde in haar regeerakkoord aan de samenwerking met gelijkekansenorgaan Unia stop te zetten en werk te maken van een nieuw Vlaams Mensenrechteninstituut. Vanaf maart 2023 moet dat instituut instaan voor alle Vlaamse bevoegdheden rond discriminatie, ondanks breed klinkende kritiek en bezorgdheden vanuit het middenveld. Om het debat te voeden organiseert een omvangrijke coalitie middenveldorganisaties – waaronder de Liga voor Mensenrechten – in juni een webinar om het brede publiek te informeren en een seminarie om de Vlaamse Volksvertegenwoordigers klaar te stomen voor het parlementair debat. Daarmee willen de gelijke kansen- en mensenrechtenorganisaties verzekeren dat het Vlaams Mensenrechteninstituut zo sterk en ambitieus mogelijk ingevuld wordt.

---

# Tijd voor Mensenrechten

---

Beste lezer,

Voor u ligt, of staat op het scherm, het 55e nummer van het Tijdschrift voor Mensenrechten, in een splinternieuwe layout. Dit nummer verschijnt middenin jaargang 15 van het tijdschrift, dat sinds 2008 wordt uitgegeven door de Liga voor Mensenrechten. Het is steeds een bijzondere verdienste geweest van zowel de Liga als TvMR, al zeggen we het zelf, dat alle nummers van het tijdschrift buiten het meest recente nummer (d.w.z. het nummer dat u momenteel leest) gratis raadpleegbaar zijn voor iedereen.<sup>1</sup> Op deze manier streeft TvMR al 15 jaar lang een ruime toegankelijkheid na van wetenschappelijke bijdragen over mensenrechtelijke kwesties die relevant zijn voor België.

Recent nam TvMR een nieuwe stap in de richting van nog bredere toegankelijkheid van mensenrechtelijke analyses door de lancering van een eigen website: *Tijd voor Mensenrechten*.<sup>2</sup> Op *Tijd voor Mensenrechten* nemen we de Belgische actualiteit onder de loep vanuit mensenrechtelijk perspectief aan de hand van analyses, rechtspraakartikels en interviews. De redactieraad heeft de beslissing tot oprichting van de nieuwe website genomen vanuit twee belangrijke overwegingen. Ten eerste willen we korter op de bal kunnen spelen, door analyses aan te reiken over belangrijke en actuele mensenrechtelijke ontwikkelingen in België, of internationale kwesties met onmiddellijke relevantie voor België. Een website staat op dit vlak meer toe dan een trimestrieel tijdschrift. *Tijd voor Mensenrechten* werkt in die zin dus aanvullend aan TvMR. Ten tweede zien we de oprichting van de nieuwe website als een manier om het mensenrechtenlandschap in België duurzaam te blijven ondersteunen. In tijden waarin de mensenrechten steeds meer onder druk staan, ook in België, is blijvende aandacht voor robuuste mensenrechtelijke analyses immers een cruciaal gegeven.

*Tijd voor Mensenrechten* staat vandaag in haar kinderschoenen, maar heeft de ambitie om uit te groeien tot een ontmoetingsplaats voor de grote verscheidenheid aan actoren die in België werken rond en met mensenrechten. We willen een participatief platform aanbieden waarop deze actoren hun expertise over prangende mensenrechtelijke kwesties kunnen delen. *Tijd voor Mensenrechten* verwelkomt vanuit die optiek bijdragen van zowel wetenschappelijke onderzoekers als experts uit de praktijk die actuele problemen met of opportunititeiten voor mensenrechtenbescherming onder de aandacht willen brengen. Ook reacties op bijdragen die zijn verschenen in het 'klassieke' tijdschrift TvMR worden sterk aangemoedigd. Aarzel dus niet, beste lezer, om in uw pen te kruipen en bij te dragen aan de groei van *Tijd voor Mensenrechten*!<sup>3</sup>

In dit nummer van TvMR vindt u ondertussen boeiende bijdragen terug over energievoorziening en energiearmoede door Wouter Vandenhole en Frédéric Vanneste, over de COVID-vaccinatieplicht in de zorg door Lien Aerts, en over CST-systemen als een vorm van *nudging* door Paul De Hert. Deze bijdragen worden gevolgd door een commentaar van Ellen Vandennieuwenhuysen bij een belangwekkend EHRM-arrest over de uitwijzing van personen met mentale gezondheidsproblemen. Afsluiten doen we met een dubbelinterview over hoe gelijkheidsdata kunnen bijdragen aan de strijd tegen discriminatie, met Szabolcs Schmidt van de Europese Commissie en Rachel Waerniers van Unia. Veel leesplezier!

**Stijn Smet en Jonas Vernimmen, co-hoofdredacteurs**

---

1 Zie <https://mensenrechten.be/tijdschriften/index>.

2 Zie <https://tijd.mensenrechten.be>.

3 Contact opnemen met *Tijd voor Mensenrechten* kan op het e-mailadres van de redactie: [tijd@mensenrechten.be](mailto:tijd@mensenrechten.be).

# Energievoorziening en -armoede: een mensenrechtenperspectief

**Wouter Vandenhole en Frédéric Vanneste<sup>1</sup>**

Bijna twee decennia geleden was er al (even) aandacht vanuit de mensenrechten voor energiearmoede in België, in het bijzonder naar aanleiding van de liberalisering van elektriciteit en gas in 2003.<sup>2</sup> De dramatische prijsstijgingen van gas, maar ook van olie, kolen en pellets bijvoorbeeld, en de indirecte stijgingen van de elektriciteitsprijzen, zetten het debat over energievoorziening en -armoede op scherp. Daarnaast zal het klimaatbeleid zich in de komende jaren naar alle waarschijnlijkheid meer en meer richten op de sector van de huishoudelijke verwarming. Dat zal leiden tot verdere prijsstijgingen. Mensen met een laag inkomen riskeren het hardst getroffen te worden.<sup>3</sup> De vraag rijst of de mensenrechten weerwerk kunnen bieden tegen uit de pan swingende energieprijzen voor huishoudens. Kunnen ze de betaalbaarheid van energie verzekeren? Kunnen ze dat zonder een ambitieus klimaatbeleid te doorkruisen? En kunnen ze die rol spelen in een geprivatiseerde sector?

In wat volgt staan we eerst stil bij de inhoudelijke mensenrechtelijke waarborgen inzake energievoorziening:

bestaat er een recht op energievoorziening? Vervolgens gaan we na of dat recht kan bijdragen tot het aanpakken van de groeiende energiearmoede in een geprivatiseerde omgeving. We combineren daarbij een verplichtingen- en een schendingenbenadering. In de eerste staan verplichtingen centraal, in de tweede wordt nagegaan of er sprake kan zijn van een schending. De spanningen met een ambitieus klimaatbeleid komen aan bod in de conclusie.

## Is er een mensenrecht op energievoorziening?<sup>4</sup>

### Huidige erkenning

De huidige erkenning van een mensenrecht op energie is eerder beperkt.<sup>5</sup> Het internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR, 1966) bevat geen expliciete verwijzing naar energie. Het garandeert wel in artikel 11, § 1 het recht op een behoorlijke levensstandaard voor elk individu en diens familie, met inbegrip van voldoende voeding, kleding en huisvesting, en op de continue verbetering van de levensomstandigheden. Het Comité inzake economische, sociale en culturele rechten (CESCR) heeft herhaaldelijk

laten blijken dat het bekommerd is om de levering, toegankelijkheid en betaalbaarheid van elektriciteit. Naar aanleiding van uitzettingen heeft het duidelijk gemaakt dat het elektriciteit rekent tot de basisdiensten die vallen onder behoorlijke huisvesting. Bijgevolg moet een overheid de toegang ertoe met de maximaal beschikbare middelen verzekeren. Voorts vraagt het Comité bij voorrang aandacht voor de rechten van de meest kwetsbare groepen in de samenleving. Het besteedt bijkomende aandacht aan kwetsbare groepen in de samenleving bij privatisering en liberalisering, en verwacht dat de overheid bijzondere maatregelen neemt om de negatieve gevolgen ervan op de meest achtergestelde groepen te ondervangen. Het Europees Sociaal Handvest (HESH) van 1996 bevat evenmin een verwijzing naar een grondrecht op toereikende energie. Het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR) heeft recent veel aandacht besteed aan energie en in het bijzonder verwarming en elektriciteit. In het licht van het recht op behoorlijke huisvesting heeft het verduidelijkt dat geschikte huisvesting onder meer verwijst naar een vanuit gezondheidsstandpunt veilige woonplaats, wat veronderstelt dat alle

- 1 Wouter Vandenhole en Frédéric Vanneste doceren mensenrechten aan de Universiteit Antwerpen en behoren tot de onderzoeksgroep Recht en Ontwikkeling. Ze hebben samen in gelijke mate bijgedragen aan de conceptualisering van deze bijdrage. Vandenhole heeft de ontwerp tekst opgesteld, met uitzondering van de tekst over het EU-Handvest en over crisissituaties. Ze nemen gezamenlijke verantwoordelijkheid voor het geheel van de tekst.
- 2 W. Vandenhole, "Energiearmoede in Vlaanderen: naar een grondrecht op energie?" in J. Vranken e.a. (eds.), *Jaarboek armoede en sociale uitsluiting*, Leuven, Acco, 2009, 235.
- 3 Eleni (denktank), "Het is tijd voor niet-lineaire energieprijzen", MO\* 12 oktober 2021, <https://www.mo.be/opinie/het-is-tijd-voor-niet-lineaire-energieprijzen>.
- 4 Dit onderdeel gaat in grote mate terug op W. Vandenhole, "Het grondrecht op toereikende energie: over wat het is en zou kunnen zijn" in B. Hubeau en P. Jadoul (eds.), *Vers un droit fondamental à l'énergie?*, Brugge, Die Keure, 2006, 11-36. De nodige bronverwijzingen kunnen daar gevonden worden.
- 5 Voor een recent overzicht van de toenemende aandacht voor een recht op energie, zie M. Hesselman, A. Varo, R. Guyet en H. Thomson, "Energy poverty in the COVID-19 era: Mapping global responses in light of momentum for the right to energy", *Energy Research and Social Sciences* (81) 2021, 102246, 6-8.

basisuitrusting, inclusief verwarming en elektriciteit, aanwezig is.<sup>6</sup> Het heeft tevens gewezen op de verantwoordelijkheid van de overheid om te waken over de onderbreking van essentiële diensten, zoals water en elektriciteit.

Het EVRM bevat evenmin bepalingen over een recht op toereikende energie. Inmiddels heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) aangevaard dat langdurige detentie, waarbij toegang tot onder meer elektriciteit en verwarming ernstig beperkt is, als onmenselijke behandeling in strijd met art. 3 EVRM te kwalificeren is.<sup>7</sup> Tot de basisnoden van een gezin rekent het EHRM voeding, elektriciteit en lopend water.<sup>8</sup>

Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie verwijst evenmin expliciet naar een grondrecht op toereikende energie, al speelt de EU een belangrijke rol in energievraagstukken. Vooreerst speelt respect voor de menselijke waardigheid zoals voorzien in artikel 1 van het Handvest een cruciale rol.<sup>9</sup> Op basis van deze bepaling heeft het Hof van Justitie bijvoorbeeld geoordeeld dat sancties jegens een minderjarige er niet toe mogen leiden dat niet langer voorzien kan worden in de meest elementaire behoeften die betrekking hebben op huisvesting, voedsel of kleding.<sup>10</sup> Om sociale uitsluiting en armoede te bestrijden erkent en eerbiedigt de Unie tevens expliciet het recht op sociale bijstand en op bijstand ten behoeve van huisvesting (artikel 34.4 van het Handvest). Ook erkent en eerbiedigt het Handvest de

toegang tot diensten van algemeen economisch belang (artikel 36) en benadrukt het dat een hoog niveau van consumentenbescherming verzekerd wordt (artikel 38). Hoewel deze bepalingen vaak beschouwd worden als louter beginselen, blijkt dat sommige aspecten, zoals het recht op gelijke toegang tot deze diensten, als juridisch afdwingbare rechten kunnen worden beschouwd.<sup>11</sup>

Artikel 23 van de Belgische grondwet garandeert ieder het recht om een menswaardig leven te leiden. Daarbij wordt expliciet het recht op behoorlijke huisvesting vermeld. In het midden van de jaren 2000 werd zonder succes een initiatief genomen om een recht op toereikende energie expliciet in te schrijven in de Grondwet. De weigering om elektriciteit en gas te leveren, middenin de winter, wegens achterstallige betalingen, is in de rechtspraak met verwijzing naar art. 23 Gw. als rechtsmisbruik gekwalificeerd. Daarbij werd gewezen op het feit dat het om een opdracht van openbare dienst ging, die toen nog door de monopolist Electrabel werd vervuld.<sup>12</sup>

### Een mensenrecht op energie onder constructie

Om de inhoud van een mensenrecht op energie nader te bepalen kunnen we gebruik maken van het sjabloon dat CESCR gebruikt.<sup>13</sup> Het identificeert in de eerste plaats systematisch de onderling verbonden en essentiële kenmerken, namelijk beschikbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit. Wat de

*beschikbaarheid* betreft houdt een mensenrecht op energie in dat de energievoorziening voor iedereen voldoende en ononderbroken moet zijn voor persoonlijk en huishoudelijk gebruik. Dat gebruik heeft normaliter betrekking op verlichting, warm water, het bereiden en bewaren van voedsel, het wassen van kleding, en verwarming.

*Toegankelijkheid* heeft vier verschillende overlappende dimensies: fysieke en economische toegankelijkheid, non-discriminatoire toegankelijkheid, en toegang tot informatie. In de huidige energiecrisis neemt de betaalbaarheid in combinatie met non-discriminatie een belangrijke plaats in. Economische toegankelijkheid of betaalbaarheid houdt in dat de persoonlijke en huishoudelijke directe en indirecte kosten en lasten voor het verwerven van energie de vervulling van andere sociaaleconomische grondrechten niet in het gedrang mogen brengen. Iedereen moet zich energie en energievoorzieningen en -diensten kunnen veroorloven. In Nederland gewaagt men van energiearmoede indien bij laag inkomen ongeveer een tiende van het inkomen naar energie gaat.<sup>14</sup> Non-discriminatie vereist dat energie voor ieder toegankelijk is, met inbegrip van de meest kwetsbare of sociaal uitgesloten bevolkingsgroepen. Zelfs in tijden van ernstige bezuinigingen moeten kwetsbare leden van de samenleving beschermd worden door relatief goedkope, gerichte programma's. Op staten rust de bijzondere plicht om mensen in

6 Zie bijvoorbeeld ECSR, *Conclusions XXI-4 - Poland - Article 16*, XXI-4/def/POL/16/EN, 2019, <https://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XXI-4/def/POL/16/EN>.

7 EHRM 29 mei 2018, *Pocasovschi en Mihaila/Moldavië en Rusland*, § 62.

8 EHRM 16 februari 2016, *Soares de Melo/Portugal*, § 106.

9 Zie bijvoorbeeld HvJ 11 april 2019, *Repsol Butano SA en Disa Gas SAU t. Spanje*, C473/17 en C546/17.

10 HvJ (GK) 12 november 2019, *Haqbin t. Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoekers*, C-233/18.

11 P.-O. Debroux, «Art. 36. Accès aux services d'intérêt économique général», in F.Picod, C. Rizcallah en S. Van Drooghenbroeck (eds), *Chartes des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2020, 906-920.

12 Voorz. Rb. Charleroi (KG), 19 januari 2000, *TBBR*, 2000, 594, noot J. Fierens.

13 We gebruiken de algemene commentaar over het recht op water als uitgangspunt (CESCR, *General Comment No. 15: The right to water*, VN doc. E/C.12/2002/11).

14 S. Haaij, "Energieprijzen omhoog? Een half miljoen huishoudens is al 'energiearm'", 8 oktober 2021, <https://www.oneworld.nl/lezen/schone-energie/energieprijzen-omhoog-een-half-miljoen-huishoudens-is-al-energiearm/>

financiële armoede de nodige energie(-voorzieningen) te verschaffen.

## Welke verplichtingen?

### Geleidelijke verwezenlijking

Voor sociaaleconomische mensenrechten wordt in het licht van art. 2 IVESCR aanvaard dat de *volledige* realisatie van een recht afhankelijk is van de beschikbare middelen. Daarom rust op een staat slechts de verplichting om die rechten geleidelijk te realiseren, weliswaar maximaal gebruik makend van de beschikbare middelen. Sommige verplichtingen gelden niettemin onmiddellijk, zo onder meer het beschermen van het recht; het vervullen van de kernverplichtingen; en opvolging van de mate van realisatie van het recht.

Uit de verplichting tot geleidelijke verwezenlijking vloeit logisch een sterke vooronderstelling voort dat regressieve maatregelen verboden zijn (*standstill*beginsel). De huidige energiecrisis wordt veroorzaakt door de marktwerking en geopolitieke spanningen, zodat niet meteen sprake is van regressieve maatregelen vanwege de staat.

### Beschermen en vervullen

Meer specifiek legt het mensenrecht op energie drie types van verplichtingen op: eerbiedigen, beschermen en vervullen. In de huidige energiecrisis zijn vooral de verplichtingen tot beschermen en vervullen relevant. De verplichting tot *bescherming* dwingt een staat ertoe om derden te verhinderen een inbreuk te plegen op het genot van het recht op energie. Indien de energievoorziening verzorgd wordt door privébedrijven, zoals in Vlaanderen het geval is, moet de staat verhinderen dat ze de gelijke, betaalbare toegankelijkheid tot voldoende en veilige energie in het gedrang brengen. Daartoe moet een effectief regulerend mechanisme opgezet worden, dat voorziet in monitoring,

echte publieke participatie en boetes in geval van niet-naleving van het recht. Met de CREG en VREG hebben we energieregulators, al rijst de vraag of hun bevoegdheden niet te beperkt zijn in het licht van het voorgaande.

De verplichting tot *vervullen* vereist van de staat dat de nodige maatregelen genomen worden om het recht ten volle te realiseren. De verplichting kan verder gepreciseerd worden in drie sub-verplichtingen. De verplichting te *faciliteren* vereist onder meer dat het grondrecht op energie voldoende erkenning geniet in de Belgische rechtsorde. Voorts moet een energiestrategie en een actieplan worden opgesteld. Ten slotte is het ook aangewezen dat in rechtsmiddelen en klachtmechanismen wordt voorzien. Er moet ook voor gezorgd worden dat energie voor iedereen betaalbaar is. Billijkheid gebiedt dat armere huishoudens niet disproportioneel veel uitgeven aan energiekosten in vergelijking met rijkere huishoudens. Dit kan onder meer inhouden dat de overheid moet zorgen voor sociale huisvesting van degelijke kwaliteit en dat rationeel energieverbruik maximaal bevorderd wordt. Het is betwistbaar of de overheden op dit ogenblik voldoende doen om energie betaalbaar te houden, in het bijzonder voor de meest kwetsbare groepen. Het sociaal tarief voor gas en elektriciteit is weliswaar uitgebreid tot een ruimere doelgroep dan de klassieke rechthebbenden, maar die uitbreiding is slechts tijdelijk. Bovendien stemt het sociaal tarief overeen met het goedkoopste markttarief, wat nog geen waarborg is voor betaalbaarheid zoals mensenrechtelijk gedefinieerd. Om het recht op toereikende energie te *promoten* moeten onder meer campagnes opgezet worden en vorming worden verstrekt, bijvoorbeeld over zuinig energiegebruik. De sub-verplichting tot *verschaffen* ten slotte houdt in dat onder strikte voorwaarden, namelijk indien een individu of groep niet in staat is, voor redenen

die aan hun controle ontsnappen, om zelf het recht op energie te realiseren met de middelen die ze ter beschikking hebben, de staat dat recht moet verschaffen.

### Kernverplichtingen

Voor elk recht bestaat de kernverplichting erin om minstens de voldoening van het essentiële minimumniveau onmiddellijk te verzekeren. Relevante kernverplichtingen inzake het recht op energie zijn onder meer ervoor te zorgen dat toegang tot een minimum noodzakelijke hoeveelheid energie voor huishoudelijk gebruik verzekerd is. Zowel voor gas als voor elektriciteit is in een minimumlevering voorzien in Vlaanderen: voor gas is dat echter enkel tijdens de wintermaanden; voor elektriciteit gaat het om een heel beperkt vermogen. Voor die minimumleveringen moet ook betaald worden. Verder moet de staat ook relatief goedkope, gerichte energieprogramma's introduceren om de kwetsbare en gemarginaliseerde groepen te beschermen. Zoals eerder opgemerkt bestaat er een sociaal tarief, maar is het betwistbaar of het volstaat vanuit mensenrechtenperspectief.

### Prima facie schending

Indien een gezin de energierekening niet kan betalen, zal het veelal niet langer beleverd worden door de energieleverancier. Vindt het geen andere leverancier, dan komt het terecht bij de netbeheerder, en betaalt het het hoogste markttarief (tenzij het recht heeft op het sociaal tarief). Naar analogie met uitzettingen in het licht van het recht op behoorlijke huisvesting zou de minimumlevering en a fortiori de afsluiting van de energievoorziening beschouwd kunnen worden als een *prima facie* schending<sup>15</sup> van het grondrecht op energie. Dergelijke maatregelen kunnen enkel in zeer uitzonderlijke omstandigheden verantwoord worden. Bovendien gelden ook dan nog bepaalde procedure-regels en een zekere procedurele

15 Schending 'op het eerste zicht', waardoor de bewijslast wordt omgedraaid: het is aan de staat om te bewijzen dat het niet om een schending gaat.

bescherming.

Als minimumlevering of afsluiting volgen uit niet-betaalde energierekeningen, moet in rekening worden gebracht in welke mate de betrokkenen *kunnen* betalen. Ook blijven de kernverplichtingen van de overheid onverkort gelden en kan dus in geen enkel geval aan een huishouden het minimum essentieel niveau van energie voor persoonlijk en huishoudelijk gebruik worden ontzegd.<sup>16</sup> Bovendien zal uit de proportionele vereiste voortvloeien dat het moeilijker is om een verregaande inmenging in het grondrecht op toereikende energie te verantwoorden tegenover bepaalde groepen (bijvoorbeeld voor gezinnen met jonge kinderen of bejaarden die in armoede leven) of tijdens bepaalde periodes van het jaar (met name tijdens de winter).

## Verantwoording in tijden van crisis

De gigantische prijsstijgingen van gas en elektriciteit zijn wellicht het gevolg van externe factoren, zoals de oorlog in Oekraïne en de werking van de vrije markt, maar dit betekent niet dat de staat aan zijn mensenrechtelijke verplichtingen kan ontkomen. De meeste mensenrechtenverdragen voorzien weliswaar in de mogelijkheid voor staten om in geval van een algemene noodtoestand onder bepaalde voorwaarden de mensenrechten op te schorten, maar dit is slechts aanvaardbaar mits deze maatregelen niet verder gaan dan de toestand vereist (zie bijvoorbeeld artikel 15 EVRM en artikel F HESH) en voor zover

niet afgeweken wordt van een aantal kernbepalingen zoals bijvoorbeeld het verbod van foltering, onmenselijke en vernederende behandeling (zie artikel 15 § 2 EVRM). In zoverre een ernstige beperking van de toegang tot onder meer elektriciteit en verwarming leidt tot een onmenselijke behandeling in strijd met art. 3 EVRM of een aantasting van de menselijke waardigheid (artikel 1 Handvest) kan de crisis dus geen verantwoording bieden. Ook het CESCR is van mening dat zelfs in tijden van nood niet afgeweken kan worden van de kernverplichtingen.<sup>17</sup> In dezelfde zin heeft het ECSR in de context van de economische crisis in Griekenland benadrukt dat zelfs wanneer een staat zich in een benarde financiële situatie bevindt, de staat maatregelen moet nemen om een voldoende beschermingsniveau te behouden voor de meest kwetsbaren in de maatschappij.<sup>18</sup>

## Conclusies

Een mensenrechtenperspectief op de huidige energiecrisis en de daaruit voortvloeiende energiearmoede levert een gemengd beeld op. Al is er geen expliciete erkenning van een recht op energie, dergelijk recht kan zeker gelezen worden in bestaande mensenrechten, en naar analogie ook inhoudelijk geconstrueerd worden. Ook de eruit voortvloeiende verplichtingen voor de staat zijn behoorlijk helder te identificeren. Centrale referentiepunten om de huidige energiecrisis mensenrechtelijk te evalueren zijn betaalbaarheid en de prioriteitstelling van kwetsbare groepen. Het sociaal tarief, minimumleveringen en procedurele

bescherming tegen afsluiten van gas en/of elektriciteit zijn belangrijk, maar mogelijk niet voldoende in het licht van een mensenrecht op energie. Alle maatregelen dienen cumulatief beoordeeld te worden om na te gaan of de menselijke waardigheid afdoende geëerbiedigd en beschermd is.

Een belangrijke actor blijft grotendeels buiten beeld: de privésector, en met name de energiebedrijven. Volgens sommigen, waaronder minister voor energie Van der Straeten, maken oliebedrijven en sommige energieleveranciers overwinsten dankzij de huidige energiecrisis.<sup>19</sup>

In elk geval is het niet de energietransitie (de overgang van fossiele brandstoffen naar duurzame energie) die de huidige prijsstijgingen veroorzaakt. Wat niet betekent dat de energietransitie geen deel van het debat zou moeten zijn.<sup>20</sup> Het recht van de mensenrechten lijkt daaraan echter grotendeels voorbij te gaan. Een mogelijk tegenargument voor maximumprijzen voor energie en voor een sociaal tarief bijvoorbeeld, is dat het incentives wegneemt om in te zetten op energiezuinigheid. Van staten wordt verwacht, ook op grond van de mensenrechten, dat ze de CO<sub>2</sub>-uitstoot drastisch verminderen.<sup>21</sup> Zoals eerder aangegeven lijkt na de *quick wins* nu ook de huishoudelijke verwarming aan de beurt om bij te dragen tot CO<sub>2</sub>-uitstoot. Staan milieu en sociaal beleid hier op gespannen voet? Niet noodzakelijk, heeft de denktank Eleni geargumenteed,<sup>22</sup> maar het recht van de mensenrechten heeft op dit ogenblik op dit punt bijzonder weinig te bieden.

16 CESCR, *General Comment No. 7: The right to adequate housing: Forced Evictions*, VN Doc. E/1998/22, annex IV, § 15.

17 CESCR, *General Comment No. 14: The right to the highest attainable standard of health*, VN Doc. E/C.12/2000/4, § 47; A. Müller, "Limitations to and Derogations from Economic, Social and Cultural Rights", *Human Rights Law Review* 2009, 557–601.

18 ECSR 7 december 2012, nr. 76/2012, IKA-ETAM/Griekenland, §§ 78-83.

19 "Energieminister Van der Straeten wil crisisbijdrage van energiesector: 'Recordwinsten niet te verantwoorden'", *De Morgen* 26 april 2022; "Belgians hit with record energy bills as providers reap the profits", *The Brussels Time* 26 april 2022.

20 Voor verdere uitwerking, zie bijv. J.C. Benito Sanchez, *Right to affordable, clean energy for all Europeans!*, januari 2022, European Federation of Public Service Unions

21 Zie rechterlijke uitspraken in klimaatzaken in onder meer België en Nederland; voor een bespreking, zie J. Vanhille e.a., "Denkkaders en beleidspistes voor klimaatrechtvaardigheid" in S. Vicca en A. Crabbé (eds.), *Van klimaatverandering naar systeemverandering: een veelzijdige blik op een complexe globale uitdaging*, Brussel, ASP, 2021, 146-161.

22 Eleni (denktank), "Het is tijd voor niet-lineaire energieprijzen", MO\* 12 oktober 2021.



# Vaccinatieplicht in de zorg: een schending van het gelijkheidsbeginsel of een gerechtvaardigd verschil in behandeling?

Lien Aerts<sup>1</sup>

## Inleiding

Aanvankelijk was voorzien dat vanaf 1 april 2022 elke persoon die in de zorg wil werken of er al werkt, gevaccineerd diende te zijn tegen COVID-19. Het aangepast wetsontwerp van 8 maart 2022 betreffende verplichte vaccinatie tegen COVID-19 van gezondheidszorgbeoefenaars<sup>2</sup> stelde de datum van inwerkingtreding ondertussen uit naar 1 juli 2022.<sup>3</sup>

Menig Belg vraagt zich af of dit wel kan, werknemers in de zorg wettelijk verplichten om zich te laten vaccineren. Vormt het verplicht vaccineren van zorgverleners een discriminerende maatregel, aangezien de andere beroepssectoren geen verplichting tot vaccinatie opgelegd krijgen? In deze bijdrage wordt dieper ingegaan op deze vraag en wordt deze beantwoord in juridische termen. Anders gezegd: schendt het wetsontwerp van 8 maart 2022 het gelijkheids- en

non-discriminatiebeginsel uit de Belgische Grondwet?

## Het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel

In deze bijdrage wordt de wettelijk verplichte vaccinatie voor zorgpersoneel<sup>4</sup> getoetst aan het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel uit onze Grondwet.<sup>5</sup> Dit beginsel houdt in dat iedereen gelijk moet worden behandeld en dat niemand gediscrimineerd mag worden bij het genieten van rechten en vrijheden. Het Grondwettelijk Hof is exclusief bevoegd om deze toets door te voeren.<sup>6</sup>

Het onderzoek van het Hof naar de verenigbaarheid met het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel verloopt in vijf fasen.<sup>7</sup> Voor de eenvoud worden deze fasen als volgt benoemd in deze bijdrage: (1) de vergelijkbaarheidstoets (2) de legitimiteitstoets (3) de objectiviteitstoets (4) de pertinentietoets, en (5) de evenredigheidstoets.<sup>8</sup>

## Vergelijkbaarheidstoets

Wanneer het Grondwettelijk Hof controleert of een wetgevende norm het gelijkheidsbeginsel respecteert, voert zij vooreerst een vergelijkbaarheidstoets uit. Daarbij wordt enerzijds nagegaan of er een verschil in behandeling voorligt tussen vergelijkbare categorieën van personen, of anderzijds een gelijke behandeling van onvergelijkbare categorieën.<sup>9</sup> Het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer gelijke gevallen ongelijk worden behandeld, en omgekeerd, wanneer ongelijke gevallen gelijk worden behandeld.<sup>10</sup>

Om na te gaan of het wetsontwerp de vergelijkbaarheidstoets kan doorstaan, is het van belang om te bestuderen welke categorieën van personen onder het toepassingsgebied vallen. Het wetsontwerp bepaalt dat elke gezondheidszorgbeoefenaar moet beschikken over een vaccinatie tegen COVID-19.<sup>11</sup> Een gezondheidszorgbeoefenaar wordt

1 Lien Aerts is doctoraatsassistent sociaal recht aan de UHasselt

2 Wetsontwerp van 8 maart 2022 betreffende de verplichte vaccinatie tegen COVID-19 van gezondheidszorgbeoefenaars, *Parl.St.* Kamer 2021-22, nr. 55-2533/001.

3 G. Paelinck, "Verplichte vaccinatie zorgpersoneel uitgesteld tot 1 juli", *VRT NWS*, 5 februari 2022, [www.vrt.be/vrtnws/nl/2022/02/05/vaccin-zorg/\(geraadpleegd op 24 mei 2022\)](http://www.vrt.be/vrtnws/nl/2022/02/05/vaccin-zorg/(geraadpleegd%20op%2024%20mei%202022)).

4 Onder zorgpersoneel of zorgverleners worden in deze bijdrage de huidige en toekomstige gezondheidszorgbeoefenaars begrepen volgens het wetsontwerp van 8 maart 2022 betreffende de verplichte vaccinatie tegen COVID-19 van gezondheidszorgbeoefenaars (supra vn. 1).

5 Gecoördineerde Grondwet 17 februari 1994, *BS* 17 februari 1994, 4054.

6 Artikel 26, §1 van de Bijzondere Wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, *BS* 7 januari 1989, 315.

7 J. Vande Lanotte en G. Goedertier, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 356.

8 D. Bijnens, H. Bortels en J. Theunis, "Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (2019-2020)", *TVW* 2021, (86) 90.

9 J. Vande Lanotte en G. Goedertier, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 356.

10 GwH 13 juli 1989, nr. 21/89, B.4.5.b; S. Sottiaux, "Het gelijkheidsbeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen", *RW* 2008-09, (690) 692.

11 Artikel 3, lid 1 wetsontwerp van 8 maart 2022 betreffende de verplichte vaccinatie tegen COVID-19 van gezondheidszorgbeoefenaars, *Parl. St.* Kamer 2021-22, nr. 55-2533/001, 121.

gedefinieerd als “de beroepsbeoefenaar, bedoeld in de gecoördineerde wet van 10 mei 2015<sup>12</sup> [...], alsmede de beoefenaar van een niet-conventionele praktijk, als bedoeld in de wet van 29 april 1999<sup>13</sup> [...]”.<sup>14</sup> Een opsomming van de gezondheidszorgbeoefenaars op wie deze wetten van toepassing zijn, kan in deze wetten worden teruggevonden.<sup>15</sup>

Uit nader onderzoek van bovenstaande wetgeving blijkt echter dat niet alle personeelsleden van de zorginstellingen vallen onder het begrip ‘gezondheidszorgbeoefenaar’. Enkel personeelsleden die onder het begrip vallen, moeten gevaccineerd worden.

De overige personeelsleden van de zorginstellingen, die wegens hun beroep eveneens in contact komen met kwetsbare personen, zijn niet onderworpen aan een vaccinatieplicht.

Voorbeelden van deze laatste categorie zijn receptionisten, onderhouds- en keukenpersoneel, begeleiders in woonzorgcentra,<sup>16</sup> werknemers van gemeenschapsvoorziening<sup>17</sup> en begeleiders in de zorg voor personen met een handicap.<sup>18</sup> Aangezien, in het algemeen genomen, het zorgpersoneel

bovengemiddeld in contact komt met kwetsbare personen, vormen de gezondheidszorgbeoefenaars en het overige zorgpersoneel vergelijkbare categorieën. De vergelijkbaarheidstoets is dan ook vervuld.

### Legitimitiestoets

De tweede toets die de bestreden wetgevende norm dient te doorstaan, is de legitimiteitstoets. Een verschil in behandeling kan gerechtvaardigd zijn, indien de wetgever daarmee een geoorloofd doel nastreeft. In de meeste gevallen dient dit doel het algemeen belang.<sup>19</sup>

De memorie van toelichting bij het wetsontwerp vermeldt enkele legitieme doelstellingen. De wettelijke vaccinatieverplichting voor de gezondheidszorgbeoefenaars heeft als voornaamste doelstelling om kwetsbare personen die worden verzorgd of behandeld te beschermen tegen een besmetting met COVID-19. In ondergeschikte orde beschermt de zorgverlener bij vaccinatie niet enkel zijn patiënten, maar ook zichzelf. Zo kan uitval van zorgpersoneel worden vermeden.<sup>20</sup> Bijgevolg is de legitimiteitstoets vervuld.

### Objectiviteitstoets

Ten derde moet het verschil in behandeling op een objectief criterium van onderscheid berusten.<sup>21</sup> Het onderscheid moet zijn grondslag vinden in objectieve gegevens, onafhankelijk van enige subjectieve, persoonlijke appreciatie.<sup>22</sup> Nationaliteit, geslacht, leeftijd en beroep vormen objectieve criteria.<sup>23</sup>

Het wetsontwerp van 8 maart 2022 voorziet in een vaccinatieplicht voor ‘gezondheidsbeoefenaars’ en voert daarmee een verschil in behandeling in op grond van het objectieve criterium ‘beroep’. Het criterium van onderscheid is objectief, aangezien de wet van toepassing is op alle gezondheidsbeoefenaars vermeld in de wet en in die zin vrij van enige subjectieve, persoonlijke appreciatie. De objectiviteitstoets lijkt dan ook vervuld te zijn.

### Pertinentietoets

Naast de objectiviteit van het criterium, is ook de pertinentie ervan essentieel.<sup>24</sup> De pertinentietoets houdt in dat het verschil in behandeling op basis van een objectief criterium moet toelaten om het gestelde doel te bereiken.<sup>25</sup> Het Grondwettelijk Hof maakt in zijn rechtspraak niet altijd

12 Gecoördineerde wet 10 mei 2015 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen, *BS* 18 juni 2015, 35172.

13 Wet 29 april 1999 betreffende de niet-conventionele praktijken inzake de geneeskunde, de artsenijsbereidkunde, de kinesithérapie, de verpleegkunde en de paramedische beroepen, *BS* 24 juni 1999, 23973.

14 Artikel 2, 2° wetsontwerp van 8 maart 2022 betreffende de verplichte vaccinatie tegen COVID-19 van gezondheidszorgbeoefenaars, *Parl.St. Kamer* 2021-22, nr. 55-2533/001, 120.

15 De wet van 10 mei 2015 heeft betrekking op: arts, tandarts en apotheker, kinesitherapeut, verpleeg- en zorgkundige, vroedvrouw, hulpverlener-ambulancier, klinisch psycholoog en orthopedagoog en paramedische beroepen.

16 Adv. RvS nr. 70.542/AV van 24 december 2021 over het voorontwerp van wet betreffende de verplichte vaccinatie tegen COVID-19 van gezondheidszorgbeoefenaars, 105-107.

17 C. Verstraete, “Verdragstaten EVRM beschikken over een ruime appreciatiemarge voor vaccinatiebeleid”, *TvGR* 2021, (21) 27.

18 C. Verstraete, “Verplichte vaccinatie tegen COVID-19 voor gezondheidszorgbeoefenaars: zal een werk van lange adem een stille dood sterven?”, *Juristenkrant* 2022, (12) 12.

19 J. Vande Lanotte en G. Goedertier, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 362.

20 Memorie van Toelichting bij het Wetsontwerp van 8 maart 2022 betreffende de verplichte vaccinatie tegen COVID-19 van gezondheidszorgbeoefenaars, *Parl.St. Kamer* 2021-22, nr. 55-2533/001, 4.

21 S. Sottiaux, *Grondwettelijk recht*, Mortsel, Intersentia, 2021, 433.

22 A. Alen en K. Muylle, *Compendium van het Belgisch staatsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 242.

23 J. Vande Lanotte en G. Goedertier, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 363.

24 S. Sottiaux, “Het gelijkheidsbeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen”, *RW* 2008-09, (690) 692.

25 J. Vande Lanotte en G. Goedertier, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 363

een even helder onderscheid tussen de pertinentietoets en de proportioneelste toets (zie infra). In deze bijdrage worden deze twee toetsen afzonderlijk behandeld omwille van analytische redenen inzake overzichtelijkheid.

Hoewel de vaccinatieverplichting duidelijk een legitiem doel van algemeen belang nastreeft, is het nog maar de vraag of deze verplichting wel effectief bijdraagt aan bijkomende bescherming van kwetsbare personen in de huidige stand van de pandemie. De strikte afbakening van het begrip gezondheidszorgbeoefenaars wordt immers door verschillende wetenschappelijke instanties op de korrel genomen in adviezen die zij verstrekten naar aanleiding van het wetsontwerp.<sup>26</sup> De Hoge Gezondheidsraad en de Federale Raad voor Ziekenhuisvoorzieningen formuleerden in hun adviezen een aanbeveling om de vaccinatieplicht in te voeren voor het gezondheidspersoneel in de brede zin.<sup>27</sup> Niet enkel de gezondheidszorgbeoefenaars, maar bij uitbreiding alle medewerkers in diverse zorginstanties zouden verplicht gevaccineerd moeten worden, ongeacht hun specifieke functie of het al dan niet rechtstreekse (zorg) contact.<sup>28</sup> Het begrip zou volgens deze instanties bijgevolg ruimer geformuleerd moeten worden om de extra bescherming van zowel patiënten als het zorgpersoneel te verwezenlijken. De huidige invulling van het criterium

'beroepstitel' lijkt in die zin niet pertinent te zijn.

### Proportionaliteitstoets

Ten slotte is er nog de proportionaliteitstoets.<sup>29</sup> Aan de hand van dit criterium moet worden onderzocht of de aangewende middelen in een evenredige verhouding staan tot het beoogde doel.<sup>30</sup> Met andere woorden, een evaluatie is vereist van de vraag of de vaccinatieplicht al dan niet gevolgen heeft die verder gaan dan noodzakelijk is ten opzichte van het nagestreefde doel van bescherming van kwetsbare personen.<sup>31</sup>

#### Het arrest *Vavříčka*: de proportionaliteit van een algemene vaccinatieverplichting

Er zijn een aantal aanwijzingen dat een vaccinatieverplichting mogelijk als een proportionele maatregel kan worden beoordeeld. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelde alvast in die zin in het arrest *Vavříčka*.<sup>32</sup> In deze zaak lag een wettelijke verplichting voor die werd ingesteld door de Tsjechische overheid om kinderen te laten vaccineren tegen verschillende besmettelijke ziektes.<sup>33</sup> Het EHRM was van oordeel dat de vaccinatieverplichting een proportionele beperking inhield van het recht op privéleven.<sup>34</sup> Het Hof stelde overigens dat een nationale autoriteit redelijkerwijze een verplicht vaccinatiebeleid kan

invoren om een passend niveau van bescherming tegen ernstige ziekten te bereiken, wanneer een beleid van vrijwillige vaccinatie niet volstaat om groepsimmunitet te bereiken.<sup>35</sup> Hoewel in het *Vavříčka*-arrest een algemene vaccinatieplicht voor andere ziekten voorlag, kan de logica naar analogie worden toegepast op de COVID-pandemie. Een op vrijwilligheid gebaseerde vaccinatiecampagne lijkt immers niet langer te volstaan om groepsimmunitet te bereiken.<sup>36</sup> Toch kunnen er enkele bedenkingen geformuleerd worden met betrekking tot de proportionaliteit van de vaccinatieplicht voor het zorgpersoneel.

#### Keuze voor het minst verregaande middel

Voorafgaand aan de proportionaliteitstoets in de strikte zin, moet worden nagegaan of een vaccinatieverplichting überhaupt noodzakelijk is en of er geen minder verregaande middelen voorhanden zijn om het legitieme doel te bereiken. Een inperking van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel wegens het opleggen van een verplichte vaccinatie kan slechts als proportioneel worden beschouwd wanneer (1) vaccinatie van die bepaalde beroepscategorie essentieel is, (2) andere maatregelen die minder verregaand zijn niet volstaan en (3) voor het minst verregaande middel wordt gekozen.<sup>37</sup> Men zou kunnen stellen dat het wetsontwerp

26 Adv. RvS nr. 70.542/AV van 24 december 2021 over het voorontwerp van wet betreffende de verplichte vaccinatie tegen COVID-19 van gezondheidszorgbeoefenaars, 92.

27 Hoge Gezondheidsraad, *Vaccinatie tegen COVID-19 voor personeel uit de gezondheidssector: noodzaak voor verdere omkadering tot verplichting?*, 3 november 2021, nr. 9671 1.

28 Federale Raad voor Ziekenhuisvoorzieningen, *Advies van de FRZV als antwoord op de adviesvraag: "de verplichting van vaccinatie voor zorgverleners"*, 29 september 2021, nr. FRZV/D/539-3, 2.

29 S. Sottiaux, "Het gelijkheidsbeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen", *RW* 2008-09, (690) 692.

30 J. Vande Lanotte en G. Goedertier, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 365.

31 GwH 9 november 2005, nr. 162/2005, B.6.2.

32 EHRM 8 april 2021 (Grote Kamer), nrs. 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19306/15, 19298/15 en 43883/15, *Vavříčka/Tsjechië*.

33 *Ibid.*, §11 en §23.

34 *Ibid.*, §272 en §§290-309; FIRM, *Advies betreffende de vaccinatieplicht, Covid Safe Ticket en mensenrechten*, 7 december 2021, nr. 6/2021, 2.

35 EHRM 8 april 2021 (Grote Kamer), nrs. 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19306/15, 19298/15 en 43883/15, *Vavříčka/Tsjechië*, §288.

36 FIRM, *Advies betreffende de vaccinatieplicht, Covid Safe Ticket en mensenrechten*, 7 december 2021, nr. 6/2021, 2; H. Nys, "Vaccinatieplicht: bescherming of bestraffing?" (noot onder EHRM 8 april 2021 *Vavříčka* e.a. t. Tsjechië, nr.47621/13), *TJK* 2021, (205) 211.

37 T. Opgenhaffen, "Het vaccin. Gamechanger in de samenleving, keuze op de werkvloer", *ArbeidJ.* 2021, nr. 19

onvoldoende stilstaat bij minder verregaande alternatieven voor de vaccinatieverplichting. Zo zou het bijvoorbeeld een optie kunnen zijn om werknemers te testen alvorens zij de werkplek betreden of om beschermende maatregelen te nemen.<sup>38</sup>

### Een zorgvuldige belangenafweging

De invoering van de vaccinatieverplichting veronderstelt tevens een zorgvuldige belangenafweging. Concreet moet worden nagegaan of de collectieve gezondheidswinst van de vaccinatieverplichting opweegt tegen de impact hiervan op de individuele rechten van gezondheidszorgbeoefenaars die zich niet wensen te laten vaccineren.<sup>39</sup> Indien dit op het ogenblik van de inwerkingtreding van de wet niet het geval blijkt te zijn, zou de vaccinatieverplichting niet in voege mogen treden.<sup>40</sup> Vandaar voorziet het wetsontwerp in een mogelijkheid tot uitstel van de inwerkingtreding van de wet. In geval van verandering van de epidemiologische situatie kan de datum van inwerkingtreding per Koninklijk Besluit worden uitgesteld.<sup>41</sup>

Het wetsontwerp bevat echter geen enkele verplichting om dergelijke evaluatie daadwerkelijk uit te voeren. Bovendien lijkt het erop dat verzet van één lid van de Ministerraad (die immers collegiaal beslist) het uitstel

kan verhinderen waardoor de vaccinatieverplichting alsnog in werking treedt zonder dat dergelijk gebrek aan uitstel gemotiveerd dient te worden op het vlak van de proportionaliteit. Hoewel het eerder een opportuniteits- dan een grondwettigheidskritiek betreft, zou het beter zijn dat enkel de inwerkingtreding en dus niet het uitstel van de vaccinatieverplichting per Koninklijk Besluit wordt bekrachtigd. Aangezien voor de inwerkingtreding een positieve beslissing van de Ministerraad vereist is, zou dit wat de proportionaliteit betreft, meer garanties bieden.<sup>42</sup>

### Het gebruik van recente, wetenschappelijke gegevens

Daarenboven dient de belangenafweging te gebeuren aan de hand van alle wetenschappelijke gegevens die beschikbaar zijn op het tijdstip dat tot de maatregel wordt besloten.<sup>43</sup> Het wetsontwerp is, zoals reeds eerder werd aangehaald, gebaseerd op verschillende wetenschappelijke adviezen. Deze adviezen werden echter verleend in de periode van juli tot oktober 2021 waardoor ze niet langer beschouwd kunnen worden als recent. Naderhand is immers in verschillende wetenschappelijke onderzoeken<sup>44</sup> aangetoond dat de bescherming tegen de transmissie van COVID-19 sneller afneemt

dan oorspronkelijk werd gehoopt. Zodoende dient men zich opnieuw te buigen over de vraag of de collectieve gezondheidswinst nog wel voldoende hoog is om de invoering van deze verplichting te kunnen rechtvaardigen in het licht van de proportionaliteitstoets.<sup>45</sup>

### Sancties

Ten slotte kunnen, naar het oordeel van deze auteur, de voorziene sancties in het wetsontwerp de toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel niet doorstaan. Het wetsontwerp voorziet immers in de mogelijkheid tot beëindiging van de tewerkstelling van niet-gevaccineerde gezondheidszorgbeoefenaars terwijl een dergelijke beëindiging van de arbeids- of samenwerkingsovereenkomst enkel als laatste redmiddel zou mogen fungeren. Bijgevolg dient de voorkeur gegeven te worden aan minder verregaande sancties.<sup>46</sup> Niet-gevaccineerde werknemers zouden tijdelijk uitgesloten kunnen worden van bepaalde taken waarbij de werkgever hen een andere post kan voorstellen. Indien de werknemer dit weigert of als er geen mogelijkheid is tot overplaatsing dan zou de werknemer tijdelijk geschorst kunnen worden.<sup>47</sup> Een dergelijk cascadesysteem is echter onvoldoende duidelijk in het wetsontwerp voorzien.

38 C. Verstraete, "De verplichting om zich te laten vaccineren: hoe ver kan de wetgever gaan?", *RW* 2021-22, (1291) 1313; C. Verstraete, "Verplichte vaccinatie tegen COVID-19 voor gezondheidszorgbeoefenaars: zal een werk van lange adem een stille dood sterven?", *Juristenkrant* 2022, (12) 13.

39 FIRM, *Advies betreffende het wetsontwerp betreffende de verplichte vaccinatie tegen COVID-19 van gezondheidszorgbeoefenaars*, 21 maart 2022, nr. 5/2022, 4.

40 Memorie van Toelichting bij het Wetsontwerp van 8 maart 2022 betreffende de verplichte vaccinatie tegen COVID-19 van gezondheidszorgbeoefenaars, *Parl.St. Kamer* 2021-22, nr. 55-2533/001, 7.

41 Wetsontwerp van 8 maart 2022 betreffende de verplichte vaccinatie tegen COVID-19 van gezondheidszorgbeoefenaars, *Parl.St. Kamer* 2021-22, nr. 55-2533/001, 130.

42 C. Verstraete, "Verplichte vaccinatie tegen COVID-19 voor gezondheidszorgbeoefenaars: zal een werk van lange adem een stille dood sterven?", *Juristenkrant* 2022, (12); FIRM, *Advies betreffende het wetsontwerp betreffende de verplichte vaccinatie tegen COVID-19 van gezondheidszorgbeoefenaars*, 21 maart 2022, nr. 5/2022, 4.

43 Adv. RvS nr. 70.542/AV van 24 december 2021 over het voorontwerp van wet betreffende de verplichte vaccinatie tegen COVID-19 van gezondheidszorgbeoefenaars, 89 en 98.

44 A. Wilder-Smith, "What is the vaccine effect on reducing transmission in the context of the SARS-CoV-2 delta variant?", *The Lancet* 2022; F. Plesner Lyngge et. al., "SARS-CoV-2 Omicron VOC Transmission in Danish Households", *MedRxiv* 2021.

45 FIRM, *Advies betreffende het wetsontwerp betreffende de verplichte vaccinatie tegen COVID-19 van gezondheidszorgbeoefenaars*, 21 maart 2022, nr. 5/2022, 3.

46 *Ibid.*

47 Unia, *Aanbeveling betreffende COVID-vaccinatie en discriminatie op de werkvloer*, 10 december 2021, nr. 279, 19.

Op basis van voorgaande overwegingen kan dan ook geconcludeerd worden dat de proportionaliteitstoets vandaag niet vervuld lijkt te zijn. Ook de Task Force Vaccinatie kwam recent tot dezelfde conclusie: in de huidige epidemiologische context zou een verplichte vaccinatie voor zorgverleners niet beantwoorden aan het proportionaliteitsbeginsel.<sup>48</sup> Het uitstel van inwerkingtreding van de wet is dan ook terecht.

## Conclusie

De bij wet verplichte vaccinatie tegen COVID-19 van gezondheidsbeoefenaars zou het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel schenden indien de wet in de huidige epidemiologische situatie in werking zou treden. Het in deze bijdrage besproken wetsontwerp scoort goed wanneer afgetoetst aan de vergelijkbaarheidstoets, legitimiteitstoets en objectiviteitstoets. Toch lijkt het in de eindmeet te struikelen over de pertinentie-, noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets.

---

48 Task Force Vaccinatie, *Verplichte vaccinatie voor zorgverleners*, 28 april 2022, dossier LNB/22INDFVDB589, 1.

# Het CST als vaccinatie-duwtje. *Nudging* in mensenrechtenperspectief

Paul De Hert<sup>1</sup>

“The effectiveness of vaccine mandates in reducing transmission is likely to be smaller than many might have expected or have hoped for, and decrease over time. These issues have been widely discussed in the public arena, raising the idea that many current vaccine policies are no longer being guided by the best science but are rather being used to punish individuals who remain unvaccinated and to shape public opinion and compliance.

Some governments have publicly admitted this much; in the words of French President Emmanuel Macron, the aim is to ‘piss off [the unvaccinated] ...to the end’.<sup>2</sup>

Het Coronadebat en het gebruik van het Covid Safe Ticket (CST) heeft ons nieuwe inzichten gegeven in het fenomeen van *nudges*, ‘overheidsduwtjes in de gewenste richting’.

Wat is het verschil tussen *nudging* en dwang en hoe verhoudt *nudging* zich met andere overheidsinterventies zoals drang, overredens, en advisering?

Hebben de rechtsstaat en mensenrechten iets te zeggen over deze technieken, of beperkt het recht enkel dwang door de overheid en laat het *nudging* geheel over aan beleidsmakers? Waar staat het CST in dit breder verhaal over overheidstechnieken?

## Ondanks gebreken bleef het CST beleidsrelevant als *nudge*

De Europese Unie en haar lidstaten hebben doorheen de COVID-19 pandemie een systeem van gezondheidscertificaten ontwikkeld. Door Europese certificatenwetgeving werd ervoor gezorgd dat gevaccineerde, herstelde en geteste personen vrij binnen Europa konden blijven reizen, over de grenzen van lidstaten heen. Binnen de grenzen van lidstaten werden *Covid Safe Tickets (CST)* dan weer aangewend om de toegang tot bars, theaters, evenementen en (in sommige lidstaten) scholen, werk en universiteiten te ontzeggen aan mensen zonder geldig certificaat.

Vandaag wordt het CST vooral gebruikt als *nudge*. *Nudging* betekent een duwtje in de rug geven. Als beleidsconcept kwam *nudging* op de eenentwintigste eeuwse agenda via het werk van Thaler en Sunstein.<sup>3</sup> Deze laatste, een vooraanstaande Amerikaanse rechtsfilosoof, werd later adviseur van president Obama en slaagde er als geen ander in om *nudging* aanvaardbaar te maken, eerst aan de linkerzijde en later in het gehele politieke spectrum. Hoewel zo’n duwtje in de rug in beginsel niet acceptabel lijkt, aldus Thaler en Sunstein, is het toch nodig in het licht van het vele empirisch bewijs dat

burgers geconfronteerd met keuzemomenten ‘het’ niet goed weten of zichzelf vaak wijs maken dat ze rationeel handelen, maar in de praktijk dat niet doen en verkeerde keuzen maken. Net zoals de beroemde tekening van een zwarte vlieg in mannenurinoirs zorgt voor een beïnvloeding van het gedrag van de gebruiker, beïnvloedde het CST-gebruik de keuzes van de burger. Omdat herstelcertificaten snel vervallen en het verkrijgen van een testcertificaat duur en omslachtig is, verleidde de overheid via het CST de burger tot het accepteren van een COVID-vaccinatie en zodoende het recht op een vaccinatiecertificaat. Het gaat om een verleidingsstrategie, want een wettelijke plicht tot vaccinatie bestaat niet en wordt ook niet wenselijk of haalbaar geacht in beleidsmiddens.

## Het CST beschermt niet, maar dient een ander doel: indirecte vaccinatieplicht

In de EU-lidstaten werd het CST aanvankelijk geïntroduceerd als instrument om het aantal mogelijke besmettingen te verminderen. Het acroniem staat dan ook voor ‘*covid safe ticket*’. Dat doel (‘safe’) werd evenwel niet gehaald. Het systeem geeft immers vrije toegang tot evenementen en publieke ontmoetingsruimte aan gevaccineerde personen zonder bijkomende testen, waardoor het risico op besmettingen

1 Paul De Hert is Hoogleraar aan de Vrije Universiteit Brussel. De auteur dankt Karianne Boer (VUB) voor commentaren op eerdere versies.

2 K. Bardosh et al. ‘The unintended consequences of COVID-19 vaccine policy: why mandates, passports and restrictions may cause more harm than good’, *BMJ Global Health* 2022;7, 9.

3 R.H. Thaler & C.R. Sunstein, ‘Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron’ (Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics, nr. 185), Coase-Sandor Institute for Law and Economics 2003. R.H. Thaler & C.R. Sunstein, *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*, Penguin Books, Londen, 2009. Voor een bespreking P. Westerman, ‘Nudging en de paradox van autonomie’, *Ars Aequi*, 2017, 582-590.

blijft bestaan.<sup>4</sup> Toen bleek dat ook met vaccinatiecertificaten het virus zich kon verspreiden, werd in beleidsmiddelen de nadruk gelegd op een nieuw doel, met name het aantal gevaccineerden naar omhoog krijgen. Het CST werd omgevormd tot een instrument ter bevordering van een indirecte vaccinatieplicht: mensen werden geprikkeld richting vaccinatie door het ontzeggen van horeca, cultuur- en caféplezier aan niet-gevacineerde personen zonder testuitslag. Hoewel uit de cijfers blijkt dat ook deze doelstelling van het CST niet werd gehaald,<sup>5</sup> wenste de federale overheid het CST niet af te voeren. De GEMS, in een advies van 14 januari 2022, zette nochtans alle mensenrechtelijke en andere nadelen van het CST voorbeeldig op een rij.<sup>6</sup> Toch verdedigden ook deze experts het CST met het argument dat niet-gevacineerde personen op evenementen tegen besmetting moeten worden beschermd door hen de toegang te ontzeggen.<sup>7</sup> Bij sommige beleidsmakers was het taalgebruik ‘directer’ en werd het CST als een legitiem ‘pest-instrument’ verdedigd. Zo waren er de beroemde uitspraken van de Franse president Macron (“emmerder les non-vaccinés”) en de federale Minister van Volksgezondheid Vandenbroucke (“CST is nodig om mensen zo te pesten dat ze zich laten vaccineren, ook al is er geen officiële vaccinatieplicht”).<sup>8</sup>

Deze uitspraken geven aan dat alle schroom over het gebruik van CST als *nudge* op een bepaald moment is weggevallen, hoewel de minister van Volksgezondheid nog moeite deed om het gebruik te bagatelliseren (“wat is er nu zo erg aan het CST?”). Het CST is evenwel noch efficiënt, noch onschadelijk, zoals de GEMS zelf ook al aangaf.<sup>9</sup> Internationale praktijkstudies bevestigen deze vaststelling en wijzen er tevens op dat elk CST-systeem bijna steeds gepaard gaat met verregaande uitwisseling van gezondheidsinformatie over niet-gevacineerde personen, en dat overheden te gemakkelijk de maat verliezen bij het belonen van personen met een vaccinatiecertificaat en het onder vaccinatiegedruk zetten van mensen zonder het correcte certificaat.<sup>10</sup>

### Dwang, drang, nudging, overreding en advisering: de Nederlandse Gezondheidsraad

Om voorgaande beschouwingen te kaderen, vertrekken we vanuit een advies van de Nederlandse Gezondheidsraad uit 2021 over het stimuleren van deelname aan vaccinatieprogramma's.<sup>11</sup> Overheden kunnen daarbij, aldus de Raad, opteren voor verschillende technieken: dwang, drang, nudging, overreding of

advisering. Deze technieken grijpen afnemend in op de keuzevrijheid. *Dwang* is de meest extreme maatregel. Van dwang is sprake wanneer iemand geen enkele keuze heeft om zich aan vaccinatie te onttrekken. Een algemene vaccinatieplicht, desnoods afgedwongen met gebruik van fysiek overheidsgeweld, zou dwang uitmaken. Iets minder verregaand is *drang*; zijnde het inperken of beïnvloeden van iemands beslissingsruimte waardoor er feitelijk minder keuzevrijheid is. Twee voorbeelden van drang, in de visie van de Raad, zijn een wettelijke vaccinatieplicht gehandhaafd met boetes – hoewel de Raad aangeeft dat zo'n plicht ook gelijkgesteld kan worden met dwang – en versoepelingen van maatregelen enkel voor gevaccineerden.<sup>12</sup>

Overheden kunnen ook opteren voor minder ingrijpende alternatieven voor dwang en drang: *nudging*, overreding en advisering. De Raad omschrijft deze technieken als volgt: “Nudging is een motivatietechniek waarbij mensen subtiel worden gestimuleerd om het gewenste gedrag te vertonen. Overreding richt zich op gedrags- beïnvloeding met redelijke argumenten. Advisering bestaat uit het bieden van betrouwbare en onderbouwde informatie met als doel mensen in staat te stellen een geïnformeerde keuze te maken”.<sup>13</sup>

4 Het CST als een betrouwbaar *immunisation passport* is minder intrusief dan bijv. een lockdown, mits voortdurende cyclisch-wederkerend toetsing van de pas aan eisen van effectiviteit en proportionaliteit. Luster *et al* zeggen het niet met zoveel woorden maar deze eisen worden niet gehaald, niet in het minst omdat vaccinatie geen garantie vormt tegen verdere besmetting. (Tamar Luster et al., ‘Promoting Vaccination from a Human Rights and Equity Perspective: Lessons from the Israeli “Green Pass”’, *European Journal of Risk Regulation*, 2021, vol. 12, 308–320).

5 Hoewel de GEMS zelf toegeeft in zijn advies van 14 januari 2022 dat de cijfers hierover tegenvallen (zonder evenwel die cijfers te geven).

6 GEMS, advies van 14 januari 2022, 4 via [https://fdn01.fed.be/documents/e5964f14ed9b9e88ffc636111f998461/GEMS\\_033\\_barometer\\_final.pdf](https://fdn01.fed.be/documents/e5964f14ed9b9e88ffc636111f998461/GEMS_033_barometer_final.pdf).

7 Over dit paternalistisch argument P. De Hert & Marc-Antoine Gavray, ‘Politieke rol GEMS doorgelicht’, 18 april 2022, 20p. via <https://www.dewereldmorgen.be/community/politieke-rol-gems-doorgelicht-over-de-ontbinding-van-een-groep-experten/>.

8 F. Vandenbroucke, ‘Is die covidpas nu werkelijk zo verschrikkelijk’, *De Morgen*, 2 april 2022, p. 12-13.

9 Zie het openingscitaat bij deze bijdrage.

10 T. Luster et al., 308–320. Zie voor een grondige literatuurstudie en inventaris van nadelige effecten van CST-achtige overheidsinterventies vooral K. Bardosh et al. *I.c.*, 1-14. Tevens L. Roncati & M. Roncati, ‘COVID-19 “Green Pass”: a Lesson on the Proportionality Principle from Galicia’, *European Journal of Health Law*, 2021, vol. 28(5), 525-532; M. Milanovic, ‘The Compatibility of COVID Passes with the Prohibition of Discrimination’, *Pravni zapisi - Union University Law Review*, 2021, 357-370

11 Gezondheidsraad, *Ethische en juridische. Afwegingen COVID-19-vaccinatie*, Advies n° 2021/03, Den Haag, 37p., vaccinatie <https://www.gezondheidsraad.nl>.

12 Gezondheidsraad, *o.c.*, 19.

13 Gezondheidsraad, *o.c.*, 4

Voor de Gezondheidsraad vormt het overheidsgebruik van dwang én drang altijd een ernstige zaak. Ze zijn in bepaalde gevallen verzoenbaar met een democratische rechtsstaat, maar behoeven steeds een rechtvaardiging. De Raad lijkt daarentegen een veel grotere vrijheid te laten aan overheden om terug te vallen op overreding, advisering én *nudging*, die de Raad labelt als ‘milde vormen van gedragsbeïnvloeding die de keuzevrijheid van mensen niet beperken’.<sup>14</sup>

Van belang is dat een CST-systeem dat toegang tot evenementen vergemakkelijkt volgens de Raad een drangstelsel is en geen *nudge*. Een zachte *nudge* is een sms-herinnering aan burgers voor een vaccinatieafspraken of een laagdrempelig aanbod van vaccinatie op plaatsen zoals de ingang van de supermarkt of op het werk, terwijl een gezamenlijk vaccinatiemoment op het werk een harde *nudge* vormt.<sup>15</sup> De Raad geeft evenwel aan dat het verschil tussen lichte vormen van drang en ‘harde *nudges* in de praktijk ‘lastig kan zijn’.<sup>16</sup> Ook sommige vormen van overreding kunnen dicht aanschuiven bij drang.<sup>17</sup>

## Reflecties op de categorisering van de Nederlandse Gezondheidsraad

Het advies van de Nederlandse Gezondheidsraad heeft de verdienste om alle denkbare overheidsinstrumenten te situeren op één ‘interventieladder’: van dwang, naar drang over *nudging*, overreding en advisering. Terecht wordt het CST op de trede van drang geplaatst op de interventieladder.<sup>18</sup> Het CST is geen *nudge* – geen subtiel duwtje ‘waar niets erg aan is’ zoals onze minister van Volksgezondheid voorhoudt (*supra*) – maar drang, aangezien het de beslissingsruimte van niet-gevaccineerde personen beperkt.<sup>19</sup>

Evenwel maakt de Gezondheidsraad deze heldere analyse troebel door bij de beoordeling van de rechtvaardiging van drang door middel van een CST-systeem rekening te houden met door de overheden geboden alternatieven en naar de effecten bij de invoering van een CST-systeem.<sup>20</sup> Het is evenwel maar de vraag of het CST minder drang geeft wanneer er alternatieven worden aangewezen. Is het mensenrechtelijk probleem bij een indirecte vaccinatieplicht weggenomen wanneer er kan worden teruggevallen op alternatieven zoals testcertificaten?<sup>21</sup> Stopt het drangkarakter van CST-systemen wanneer de effecten beperkt blijven en mensen zonder CST wel kunnen blijven werken of schoollopen, maar geen toegang meer hebben tot

cultuur? Opnieuw dringt voorzichtig detail- en praktijkonderzoek zich op, met respect voor *alle* erkende mensenrechten, *alle* overige belangrijke maatschappelijke waarden, en met aandacht voor *alle* praktische details die de keuzevrijheid kunnen beïnvloeden.<sup>22</sup>

## Het CST miskent de mensenrechtenmethodiek en de uitgangspunten van de rechtsstaat

Het CST is nooit naar behoren grondrechtelijk gewogen en minder verregaande alternatieven zijn onvoldoende onderzocht. Denk maar aan een effectief test-, track-, trace- en isolatieregime als alternatief voor het CST-systeem met zijn ‘verwoestende, blijvende gevolgen van een digitaal identificatiesysteem’.<sup>23</sup> Elk beleid rond een vaccinatieplicht, ook een *nudge* beleid dat kadert in een *indirecte* vaccinatieplicht, moet ons inziens vertrekken bij de mensenrechtenuoefening gemaakt door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het *Vavrička*-arrest.<sup>24</sup> Niet minder dan zeven voorwaarden worden in het EHRM-arrest geïdentificeerd. Deze zijn in te bouwen in elke wet op verplichte vaccinatie en omvatten beperkingen op de mogelijke sancties bij vaccinatieweigering én een soepele procedure

14 Gezondheidsraad, o.c., 29.

15 Gezondheidsraad, o.c., 14.

16 Gezondheidsraad, o.c., 4 & 14.

17 «In de praktijk kan het soms lastig zijn overreding te onderscheiden van psychologische beïnvloeding die de keuzevrijheid wel beperkt (drang). Dit kan bijvoorbeeld gelden voor slogans op sociale media die aanzetten tot vaccinatie» (Gezondheidsraad, o.c., 15).

18 Gezondheidsraad, o.c., 19.

19 “Contrary to the media portrayal that ‘the unvaccinated are entirely free to decline’, many COVID-19 vaccine policies clearly limit choice and the normal operation of informed consent. [...] It is clear that many who are vaccinated did so because of the serious consequences of refusal, such as loss of employment and livelihood or access to social events and travel.” (K. Bardosh et al., *l.c.*, 9)

20 Gezondheidsraad, o.c., 20.

21 Dat hangt natuurlijk van de testen af: hoe omslachtig zijn deze procedures? Hoe duur? Hoe werken de certificaten in de praktijk? Hierover P. De Hert & Kr. Wijshof, ‘Gevaccineerd, of hersteld? Gelijke rechten voor iedereen’, *De Juristenkrant* 2021, afl. 440, 12-13.

22 Een goed kader dat een synthese van inzichten integreert uit de gedragspsychologie (reactantie, cognitieve dissonantie, stigmatisering en wantrouwen), politiek en recht (effecten op burgerlijke vrijheden, polarisatie en mondiaal bestuur), sociaaleconomie (effecten op ongelijkheid, capaciteit van het gezondheidssysteem en sociaal welzijn) en de integriteit van wetenschap en volksgezondheid (de erosie van de volksgezondheidsethiek en het toezicht op de regelgeving), geven K. Bardosh et al., *l.c.*, 1-14.

23 Zie de sectie ‘Wat met gegevensverwerking en het recht op privacy?’ in Liga voor Mensenrechten, *Dossier Coronapaspoort*, 22 november 2021, via <https://mensenrechten.be/pagina/dossier-coronapaspoort> (7p.), 4 (<https://mensenrechten.be/pagina/dossier-coronapaspoort>).

24 EHRM 8 april 2021, *Vavrička/Tsjechië*.



om tegemoet te komen aan vaccingewetensbezwaarden.<sup>25</sup> Deze belangrijke waarborgen ontbraken evenwel in de *nudging* strategie achter het CST.

Inzake het gebruik van *nudging*, benadrukt Pauline Westerman ook hoezeer onze rechtsstaat verbonden is met autonomie, een waarde die door *nudging* miskend wordt omdat juist aangenomen wordt dat de burger het niet weet of tegen beter weten in *ergens* naartoe moet worden geleid op basis van wat vanuit overheidspectief wenselijk lijkt.<sup>26</sup> Westerman wijst op een belangrijke valkuil bij dergelijke operaties: overheden kunnen evenzeer dwalen als individuen. De Belgische overheden zijn bij het vormgeven van het pandemiebeleid zeker niet vrij van dwalingen geweest en hebben, bijvoorbeeld, in tegenstelling tot landen als Zweden weinig gedacht vanuit het vermogen van burgers om zelf gedragskeuzen te maken. Deze visie op de burger ging gepaard van een onwil om zelfkritisch te kijken naar de gekozen maatregelen en bepaalde aannames bij het hanteren van risicomodellen die het beleid gestuurd hebben.<sup>27</sup>

## Een wereld zonder CST en de lege gereedschapskist

Het voorgaande geeft stof tot bezinning. Zonder nader in te gaan op aspecten van privacy en non-discriminatie werd in deze bijdrage reeds een problematisch beeld geschetst van het CST, een beeld dat de GEMS,

het officiële experten-commissie van de overheid, ook zag. Het CST werd ingevoerd met het *safe* argument: 'gevaccineerde personen zijn *safe* voor de medemens want ze besmetten niet'. Zo gauw duidelijk werd dat besmetting wel degelijk mogelijk was na vaccinatie had het CST heroverwogen moeten worden. Behoud van het CST, hervormd tot *vaccinatie-aanmoedigings*-argument, had een nieuwe besluitvormingsprocedure verondersteld waarin kernvragen werden onderworpen aan parlementair debat. Is dit nieuwe doel even belangrijk als het doel van de gezondheid en niet-besmetting? Werkt het nieuwe beleid in de praktijk? Zijn er alternatieven? Willen we de databases achter het CST? Willen we een staatsgeleide gezondheidspolitiek op dit punt? Het zijn maar enkele van de vragen die in een klassiek rechtstatelijke procedure hadden moeten worden onderzocht, met daarbij ook een bekommernis om toe te zien op onnodige uitbreiding van de rol van de overheid zolang de gezondheid daar niet beter van wordt. Zo is het perfect mogelijk om theaterbezoek *safe* te maken zonder CST en de daarbij behorende overheid.<sup>28</sup> In Nederland is recent alvast beslist om het CST niet te verlengen. "De gereedschapskist wordt leger", aldus een regeringswoordvoerder, daarmee doelend op een beperkter aantal politieke instrumenten om in te grijpen bij een opleving van het virus.<sup>29</sup> De Nederlandse politicologe Josette Daemen gelooft dat de gereedschapskist in andere zin ook net uitgebreid

kan worden en wel via een mensenrechtelijke oefening waarbij de rol van de staat anders wordt ingevuld. In haar afwegingskader voor een sociaal en democratisch coronabeleid maakt ze plaats voor *alle* grondrechten en onderscheidt persoonlijke, collectieve en morele vrijheid om alzo te vermijden dat alleen gezondheid in de enge zin primeert bij een pandemiebeleid.<sup>30</sup> Voor Daemen, die kritisch is over de efficiëntie van de overheid ('te laat met testen, te laat met het starten van de vaccinaties, te laat met de boostercampagne') moet de gereedschapskist aangevuld worden met het bevorderen van gezond eten, het aanpakken van de bio-industrie, het gratis verstrekken van zelftesten, het herinrichten van gedeelde ruimtes om anderhalve meter afstand en voldoende ventilatie te kunnen garanderen.<sup>31</sup> In Daemen's visie moet een sociaal en democratisch coronabeleid macht en tegenmacht toelaten en de nadruk leggen op het belang van grondrechten en persoonlijke vrijheid. Elke denkoefening zonder CST in de gereedschapskist, zoals deze van Daemen, verdient onze aandacht. Dit sluit aan bij de analyse in deze bijdrage over het CST beleid, *nudging* en de fundamenten van onze rechtsstaat waarin de mensenrechten functioneren. Het CST heeft ons, gegeven dit muterend virus, onvoldoende beschermd en zijn gebruik als *nudge* heeft veel schade toegebracht in een samenleving die alle mensenrechten belangrijk vindt en zich sociaal en democratisch noemt.

25 T. Barkhuysen, 'COVID-19-vaccinatieplicht: tijdig regelen', *NJB* 2021/2280.

26 P. Westerman, 'Nudging en de paradox van autonomie', *Ars Aequi* 2017, 582-590; P. De Hert, 'Nood breekt wet in besmette tijden: de rechtstatelijkheid van de pandemiepolitie en pandemiewetgeving', in Auke Van Dijke e.a (red.) *Politie en rechtsstaat in een gedigitaliseerde samenleving*, Antwerpen, Gompel & Svacina, Series Cahiers Politiestudies, 2022, n° 62, 201-232.

27 "De oplossing moest en zou van de overheid komen. Op geen enkel ogenblik werd er overwogen om op aanbevelingen in te zetten, en bijvoorbeeld de mensen op het hart te drukken om thuis te werken bij het minste symptoom, bezoek aan ouderen uit te stellen, of in bepaalde contexten maskers te dragen. (...) nog is dat de definitie van wat precies goed is, niet in de handen van mensen zelf ligt. Die definitie kwam immers van experts (...)" (B. De Munck, *Leven en laten leven. Een kritische geschiedenis van de pandemie*, Aalter, Ertsberg, 2022, (304p.), 55-56).

28 P. De Hert, M-A Gavray & N. van Renterghem, 'Carta Academica: Une vision d'avenir pour des théâtres sans pass sanitaire', *Le Soir*, 26 februari 2022. Zonder het CST wilt niet per sé zeggen zonder de staat; de staat moet de randvoorwaarden scheppen (ook en vooral mensenrechtelijke grenzen trekken) en burgers en bedrijven kunnen daarbij zelf verantwoordelijkheid nemen, wat ook in Zweden is gebeurd.

29 W. Ali, 'Kabinet wil coronapas uit tijdelijke wet halen', *NRC*, 29 april 2022.

30 J. Daemen, 'Afwegingskader voor een sociaal en democratisch coronabeleid', Wiardi Beckman Stichting, 6 december 2021, via <https://www.wbs.nl/corona>

31 J. Daemen, 'Gezondheid is niet alles. Een nieuwe Nederlandse coronavisie', *De Groene*, Interview M. Fogteloo, 19 januari 2022, nr. 3.

# Mentaal zieken en hun bescherming tegen uitwijzing onder artikel 3 en 8 EVRM, *revisited*

Ellen Vandennieuwenhuysen<sup>1</sup>

In *Savran t. Denemarken* bevestigt de Grote Kamer van het EHRM dat de uitwijzing van personen met mentale gezondheidsproblemen onder art. 3 EVRM kan worden beoordeeld maar enkel indien de situatie voldoende ernstig is, overeenkomstig de drempeltest uit *Paposhvili t. België*.<sup>2</sup> Hoewel de uitwijzing *in casu* niet strijdig wordt bevonden met art. 3 EVRM, schendt zij volgens het Hof wel art. 8 EVRM. Dit is opmerkelijk, aangezien het Hof niet vaak in één uitwijzingszaak beide bepalingen beoordeelt en slechts uitzonderlijk een schending van art. 8 EVRM vaststelt wanneer een uitwijzing gegrond is op een ernstig misdrijf.<sup>3</sup>

## De feiten

Mr. Savran, een Turkse onderdaan, leefde sinds zijn zesde levensjaar in Denemarken. Later werd hij veroordeeld wegens het mishandelen in groep van een persoon die overleed na te toegebrachte mishandeling. Mr. Savran werd echter vrijgesteld van straf aangezien hij leed aan een psychische stoornis (paranoïde schizofrenie), maar moest behandeling in een psychiatrische afdeling ondergaan. Tevens moest hij het land verlaten en werd hem een permanent inreisverbod opgelegd.

Volgens de verzoeker was zijn verwijdering naar Turkije vanwege zijn geestelijke gezondheidstoestand in strijd met het verbod op onmenselijke en vernederende behandelingen (art. 3 EVRM). Ook meende hij dat de weigering om het uitzettingsbevel in te trekken, alsook de tenuitvoerlegging ervan, een schending van het recht op eerbiediging van privé- en gezinsleven (art. 8 EVRM) vormden.

## Oordeel van de Kamer

De Kamer had, met 4 stemmen voor en 3 tegen, geoordeeld dat art. 3 EVRM zou worden geschonden indien Mr. Savran naar Turkije zou worden overgebracht zonder garanties van Turkije aan de Deense overheid over de verstrekking van medicatie en de mogelijkheid tot adequate psychiatrische behandeling. Ook was volgens de Kamer een contactpersoon vereist die zou toezien op de medische behandeling van Mr. Savran. De Kamer achtte het niet nodig de klacht te onderzoeken onder art. 8 EVRM, omdat het al een schending van art. 3 EVRM had vastgesteld.<sup>4</sup>

## Oordeel van de Grote Kamer

### Art. 3 EVRM

In tegenstelling tot de Kamer, oordeelt

de Grote Kamer – met 16 stemmen tegen 1 – dat art. 3 EVRM niet is geschonden. Om te beoordelen of de uitzetting van een ernstig zieke vreemdeling binnen de werkings sfeer van art. 3 EVRM valt, moet de situatie immers een minimumniveau van ernst bereiken.

Tot voor *Paposhvili* oordeelde het Hof steeds dat zeer uitzonderlijke omstandigheden moesten voorliggen, en beoordeelde het Hof dit geval per geval. In talrijke arresten oordeelde het Hof zodoende dat art. 3 EVRM niet was geschonden.<sup>5</sup> In *Paposhvili* heeft het Hof bij Grote Kamer verduidelijkt dat, wil er sprake zijn van zeer uitzonderlijke omstandigheden, een situatie moet voorliggen *“in which substantial grounds have been shown for believing that he or she, although not at imminent risk of dying, would face a real risk, on account of the absence of appropriate treatment in the receiving country or the lack of access to such treatment, of being exposed to a serious, rapid and irreversible decline in his or her state of health resulting in intense suffering or to a significant reduction in life expectancy”*.<sup>6</sup>

In *Savran/Denemarken* verduidelijkt de Grote Kamer voor het eerst dat deze drempeltest op dezelfde wijze kan (en moet) worden toegepast op geesteszieken als op zieken met andere medische aandoeningen.

1 Ellen Vandennieuwenhuysen is FWO-aspirant aan de Universiteit Antwerpen.

2 EHRM (GK) 13 december 2016, nr. 41738/10, *Paposhvili/België*.

3 B. Aarrass, “Annotatie bij *Savran t. Denemarken* (EHRM, 57467/15)” *EHRC Updates* 28 februari 2022.

4 EHRM 1 oktober 2019, nr. 57467/15, *Savran/Denemarken*.

5 Met uitzondering van EHRM 2 mei 1997, nr. 30240/96, *D./Verenigd Koninkrijk*; EHRM 16 april 2013, nr. 17299/12, *Aswat/Verenigd Koninkrijk*.

6 EHRM (GK) 13 december 2016, nr. 41738/10, *Paposhvili/België*, § 183.

De Kamer had in 2019 echter geen gebruik gemaakt van die drempeltest in de beoordeling van de situatie van Mr. Savran. De Kamer was in plaats daarvan meteen overgegaan naar de beoordeling van de tevens in *Paposhvili* opgesomde verplichtingen van de uitwijzende staat om de beschikbaarheid en toegankelijkheid van noodzakelijke zorg in het herkomstland te onderzoeken. De Grote Kamer verduidelijkt nu dat de beoordeling van mogelijke schendingen van art. 3 EVRM steeds in twee stappen moet worden gevoerd. De vereiste zorg wordt pas relevant wanneer de situatie voldoende ernstig is overeenkomstig de drempeltest. Aangezien de Grote Kamer van mening is dat de drempel *in casu* niet is bereikt, moet het niet meer oordelen of de staat op voldoende wijze is nagegaan of de vereiste behandeling in het herkomstland beschikbaar was.

Het Hof is met name van oordeel dat een terugval van de verzoeker niet zou resulteren in een aanzienlijke vermindering van de levensverwachting of in intens lijden. Zelfs de mogelijkheid op een auto-immuunziekte door de inname van medicatie kan daar niet toe leiden. Mr. Savran moet dan maar met de inname van zijn medicatie stoppen, geeft het Hof aan. Het Hof meent bovendien dat zelfs indien een terugval waarschijnlijk zou resulteren in agressief gedrag en in een aanzienlijk hoger risico op strafbare feiten tegen anderen, geen sprake is van intens lijden voor de verzoeker, aangezien volgens het Hof geen overtuigend bewijs voorligt dat er een risico bestaat dat de verzoeker zichzelf zou schaden. Door te (veronder)stellen dat een schizofrene episode niet tot intens lijden leidt, geeft het Hof een

eerder restrictieve uitlegging aan de drempelvereiste voor toepassing van art. 3 EVRM in uitwijzingszaken van (mentaal) zieke personen.<sup>7</sup>

Hoewel het positief is dat personen met een psychische aandoening in uitwijzingszaken onder art. 3 EVRM beschermd kunnen worden, rijst de vraag of de drempel in *Savran* niet te hoog wordt gelegd. Het Hof lijkt zijn rechtspraak in deze te verstrengen. In 2012 had het nog geoordeeld dat de uitlevering van een persoon met paranoïde schizofrenie, zonder dat informatie voorlag over de medische voorzieningen die voorhanden zouden zijn, art. 3 EVRM zou schenden.<sup>8</sup>

### Relevante rechtspraak in België

In België oordeelde de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (RvV) reeds dat art. 3 EVRM evenzeer vreemdelingen met psychische aandoeningen kan beschermen tegen uitwijzingen.<sup>9</sup> De RvV oordeelt in overeenstemming met het Hof dat art. 3 EVRM slechts is geschonden indien de aandoeningen van de verzoeker onder de zeer uitzonderlijke omstandigheden vallen zoals verduidelijkt in de drempeltest in *Paposhvili*, zij het dat de RvV de twee stappen van de beoordeling iets minder lijkt te scheiden.<sup>10</sup>

Bovendien hebben vreemdelingen in België de mogelijkheid om medische regularisatie op basis van art. 9ter Vreemdelingenwet te verzoeken indien zij lijden aan een ziekte die een reëel risico inhoudt voor hun leven of fysieke integriteit of die een reëel risico inhoudt op een onmenselijke of vernederende behandeling wanneer er geen adequate behandeling is

in hun land van herkomst. Dit artikel biedt een ruimere bescherming dan art. 3 EVRM, waardoor de aandoening geenszins levensbedreigend moet zijn vooraleer onderzoek naar de mogelijkheden van behandeling in het herkomstland moet worden gevoerd.<sup>11</sup> De RvV toetst dan ook niet de verschillende voorwaarden van de drempeltest uit *Paposhvili* af.

Indien de verzoeker na een weigering van een verblijfsaanvraag om medische redenen alsnog een schending van art. 3 EVRM inroept, verwijst de RvV evenwel geregeld naar de drempeltest, en naar het feit dat een onderzoek van de verblijfsaanvraag onder art. 9ter reeds de bescherming van art. 3 EVRM omvat, om het beroep te verwerpen.<sup>12</sup>

### Art. 8 EVRM

In *Savran*, acht de Grote Kamer van het Hof art. 8 EVRM van toepassing op het geval van Mr. Savran, evenwel beperkt tot diens privéleven. Aangezien de belangenafweging door de autoriteiten onvoldoende was, acht het Hof art. 8 EVRM geschonden.

Het Hof merkt vooreerst op dat de verzoeker wegens zijn geestelijke toestand kwetsbaarder is dan de gemiddelde gevestigde migrant die wordt uitgewezen.<sup>13</sup> De autoriteiten hadden de medische aspecten wel beoordeeld, maar zij hadden geen rekening gehouden met het feit dat de verzoeker niet strafrechtelijk verantwoordelijk was gehouden voor zijn misdrijf en was vrijgesteld van straf wegens zijn paranoïde schizofrenie, die agressief gedrag kan veroorzaken. Het Hof oordeelt dat dit element

7 Zie voor meer duiding: partly dissenting opinion rechter Serghides in *Savran/Denemarken*; E.V. andennieuwenhuysen, "Savran v. Denmark: application of articles 3 and 8 ECHR against the removal of mentally ill foreigners", *Strasbourg Observers* 1 februari 2022.

8 EHRM 16 april 2013, nr. 17299/12, *Aswat/Verenigd Koninkrijk*.

9 RvW 11 september 2018, nr. 209 165; RvV 26 augustus 2021, nr. 259 600.

10 Zie bv. RvW 19 oktober 2021, nr. 262 577; RvV 28 oktober 2021, nr. 263 108 van; RvW 28 oktober 2021, nr. 263 213; Merk op dat in deze zaken geen schending van art. 3 EVRM werd aangetoond.

11 RvS 9 september 2015, nr. 232.141; RvS 28 november 2013, nr. 225.633; Dit blijft het geval na de zaak *Paposhvili*, zie RvW 13 juli 2017, nr. 189 727; RvV 15 juli 2021, nr. 258 251.

12 RvW 28 oktober 2021, nr. 263 213; RvW 19 oktober 2021, nr. 262 577 van 19 oktober 2021, nr. 262 555; RvW 15 juli 2021, nr. 258 251.

13 EHRM (GK) 7 december 2021, nr. 57467/15, *Savran/Denemarken*, § 191.

de mate waarin de staat zich op de strafbare feiten van verzoeker kan beroepen als grondslag voor de uitzetting, kan beperken. In de algehele beoordeling moet daarom minder gewicht worden toegekend aan het criterium van de ernst van de strafbare feiten als basis voor een uitwijzing.

Het is de eerste keer dat het Hof staten verplicht om bij deze beoordeling rekening te houden met het feit dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de vreemdeling beperkt was wegens diens geestesziekte.<sup>14</sup> Opvallend is dat het Hof oordeelt dat *“the first Maslov criterion<sup>15</sup>, with its reference to the “nature and seriousness” of the offence perpetrated by the applicant, presupposes that the competent criminal court has determined whether the settled migrant suffering from a mental illness has demonstrated by his or her actions the required level of criminal culpability”*, zonder daarbij aan te geven wat het gevolg is van de afwezigheid daarvan, zoals in België vaak het geval is wanneer een internering wordt uitgesproken.<sup>16</sup>

De Grote Kamer stelt tevens vast dat het Deense Hooggerechtshof slechts in beperkte mate had nagegaan of de persoonlijke omstandigheden van Mr. Savran waren gewijzigd tussen de strafbare feiten en de eindbeslissing in de intrekkingprocedure. Zo was er geen rekening gehouden met de voortgang van de ziekte, met het recidiverisico en met het resultaat van de forensische behandeling.

Het Hof geeft echter geen verdere aanwijzing over hoe staten deze beoordeling dan wel concreet moeten of kunnen maken. De twee elementen in de beoordeling kunnen immers tot tegenstrijdige conclusies leiden. Een positieve evolutie van de ziekte

zou kunnen betekenen dat de persoon minder kwetsbaar is, waardoor minder belemmeringen bestaan die de uitwijzing kunnen verhinderen. De omgekeerde conclusie kan echter ook volgen uit een voorspoedig verloop van de ziekte, aangezien dit het recidiverisico kan beperken, wat het Hof eveneens soms relevant acht in de algehele beoordeling van de uitwijzing.<sup>17</sup>

## Besluit

Hoewel de uitwijzing van personen met een psychische aandoening onder art. 3 EVRM kan vallen, past het EHRM de drempeltest op bijzonder strenge wijze toe in *Savran*. De vraag rijst of, en zo ja wanneer, psychische aandoeningen deze minimumgrens van ernst nog kunnen bereiken. Hopelijk streeft de RvV naar aanleiding van dit arrest geen al te strikte interpretatie na en blijft het art. 3 EVRM ten volste waarborgen. Ook zullen de RvV en de DVZ de aanvullende criteria in rekening moeten nemen die het EHRM aanreikt om de overeenstemming te beoordelen van uitwijzingen van mentaal zieken – in het bijzonder van ontoerekeningsvatbare veroordeelden – met art. 8 EVRM, zij het dat de concrete invulling van de beoordeling nog niet volledig duidelijk is gemaakt door het EHRM in het besproken arrest.

14 Rechter Zupančič had dit reeds gesuggereerd in zijn *dissenting opinion* bij het Kamerarrest van 23 april 2015, nr. 38030/12, Khan/Duitsland.

15 In EHRM (GK) 23 juni 2008, nr. 1638/03, Maslov/Oostenrijk heeft het Hof criteria vastgesteld om te beoordelen of de uitwijzing van jongvolwassenen die geen eigen gezin hebben gesticht, noodzakelijk en evenredig is aan het nagestreefde legitieme doel. Dat eerste criterium wordt ook gehanteerd bij de uitwijzing van personen met een eigen gezin, zie EHRM 2 augustus 2001, nr. 54273/00, Boultif/Zwitserland, § 48.

16 EHRM (GK) 7 december 2021, nr. 57467/15, Savran/Denemarken, § 194.

17 Zie over de invloed van het recidiverisico: J. Collinson, “Reconstructing the European Court of Human Rights’ Article 8 Jurisprudence in Deportation Cases: The Family’s Right and the Public Interest”, *Human Rights Law Review* 2020, (333) 356.

# Gelijkheidsdata om discriminatie te bestrijden

TvMR sprak met Szabolcs Schmidt en Rachel Waerniers

*Szabolcs Schmidt<sup>1</sup> is hoofd van de Eenheid Non-discriminatie en Coördinatie Romabeleid bij het directoraat-generaal Justitie van de Europese Commissie. Rachel Waerniers is beleidsmedewerker bij Unia. TvMR ging met beiden aan tafel zitten om te praten over 'gelijkheidsdata'.*

**TvMR: Dit is een mooie opstelling: iemand van het Europese niveau, dat aan de basis ligt van veel wetgevend en beleidswerk op het gebied van gelijkheid en non-discriminatie, in gesprek met iemand uit de praktijk in België, waar het beleid wordt uitgevoerd. Kunt u beiden kort uitleggen hoe u met gelijkheid en discriminatie bezig bent?**

**Szabolcs Schmidt:** Ik ben het hoofd van de eenheid die verantwoordelijk is voor non-discriminatie en coördinatie van het Romabeleid binnen de Europese Commissie. De Europese Unie heeft richtlijnen uitgevaardigd ter bestrijding van discriminatie in vele facetten van het dagelijks leven, op basis van zogenaamde discriminatiegronden: seksuele geaardheid, leeftijd, handicap, etnische en raciale afstamming, godsdienst en geslacht. Binnen onze eenheid zijn wij verantwoordelijk voor de bestrijding van discriminatie op alle gronden, met uitzondering van geslacht, waarvoor de Commissie een gespecialiseerde eenheid heeft.

**Rachel Waerniers:** Ik werk voor Unia, het Belgische orgaan voor gelijke kansen, dat zich bezighoudt met de bestrijding van discriminatie en ongelijkheid op de gronden die in de

Belgische non-discriminatiewetten zijn opgenomen, behalve geslacht, waarvoor België ook een aparte instelling heeft. Ik werk binnen de beleidsdienst en ben al bijna twee jaar bezig met een onderzoeksproject naar gegevens over gelijkheid – 'gelijkheidsdata' of 'gelijkheidsgegevens'.

**TvMR: Dergelijke gelijkheidsdata zijn belangrijk voor de uitvoering van de Europese non-discriminatie-richtlijnen?**



**Szabolcs Schmidt:** De Europese non-discriminatie-richtlijnen zeggen niet noodzakelijk iets over gelijkheidsgegevens, maar eisen wel dat elke EU-lidstaat een gelijkheidsorgaan opricht. Deze instanties voor gelijke kansen helpen slachtoffers van individuele gevallen van discriminatie, maar zij voeren ook onafhankelijke

onderzoeken uit en doen aanbevelingen aan hun autoriteiten. Om dat te kunnen doen, hebben die organen gegevens nodig. Uit tal van individuele gevallen van discriminatie weten we dat de Europese kernwaarde van gelijkheid nog niet wordt bereikt, maar individuele gevallen alleen geven geen goed beeld van structurele problemen. Over het algemeen ontbreekt het ons aan informatie over de algemene situatie inzake gelijkheid van bepaalde minderheidsgroepen: in welke mate heeft een bepaalde etnische groep of een seksuele minderheid problemen met de toegang tot de arbeidsmarkt of worden haar bepaalde diensten geweigerd?

Daarom is de Commissie begonnen met het ontwikkelen van een beleid om het verzamelen van gegevens over gelijkheid in de lidstaten te bevorderen. Het verzamelen van gegevens over gelijkheid is een goed voorbeeld van regels die op een zachte manier tot stand komen. Eigenlijk hoefde er niets echt nieuws te worden gecreëerd. Er waren altijd al genoeg data; ze werden alleen niet gebruikt op het gebied van gelijkheid.

**TvMR: In het Unia-rapport van 2021 over het project 'Verbetering van het verzamelen van gegevens over gelijkheid in België' wordt meermaals verwezen naar deze EU-richtlijnen. Kunt u ons iets vertellen over het project van Unia?**

**Rachel Waerniers:** Unia produceert al geruime tijd gegevens over gelijkheid. Zo publiceren we sinds 2013

<sup>1</sup> Mr. Szabolcs Schmidt spreekt in eigen naam. De meningen die in dit artikel worden uitgedrukt zijn persoonlijk en vertegenwoordigen niet noodzakelijk de officiële positie van de Europese Commissie. Noch de instellingen en organen van de Europese Unie noch personen die optreden voor rekening ervan kunnen verantwoordelijk worden gesteld voor een mogelijke aanwending van de informatie in het artikel.

de Socio-economische Monitoring met de Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg (een rapport dat de situatie van personen op de arbeidsmarkt in kaart brengt volgens hun nationale herkomst en migratieachtergrond; nvdr). Unia geeft ook opdrachten voor (academische) studies over specifieke onderwerpen zoals huisvesting, de arbeidsmarkt en onderwijs, zogenaamde 'Diversiteitsbarometers'. Voor het huidige gelijkheidsdataproject werkten we samen met de cel Gelijke Kansen van de FOD Justitie en ontvingen we financiering van het programma 'Burgers, gelijkheid, rechten en waarden' van de Europese Commissie. Het doel van het project is om een goed beeld te krijgen van waar we staan met de gelijkheidsgegevens in België en hoe we de situatie kunnen verbeteren.

**TvMR: Kunt u ons iets meer vertellen over de doelen die Unia met dit project wilde bereiken?**



**Rachel Waerniers:** Het project had drie doelstellingen. Ten eerste een overzicht krijgen van de gelijkheidsgegevens waarover we in België al beschikten en van de gegevens die nog ontbraken. We baseerden ons bij het verzamelen van deze gegevens op de EU-richtsnoeren en de mapping tool van het Fundamental Rights Agency en hebben die aan de Belgische context aangepast. De tweede stap was het analyseren van dit bronnenoverzicht. We hielden een enquête bij verschillende belanghebbenden in

het Belgische landschap van gelijkheidsgegevens, zoals organisaties uit het maatschappelijk middenveld, statistische instellingen enzovoort, en deden interviews met deskundigen op het gebied van gelijkheidsgegevens. Op basis van dit alles schreven we rapporten met aanbevelingen om het verzamelen en verwerken van gegevens over gelijkheid te verbeteren. De derde doelstelling was om alle gelijkheidsgegevens in België toegankelijk te maken voor een breder publiek zodat ze kunnen worden gebruikt. We centraliseerden de gegevens in een transparante en doorzoekbare online datahub, beschikbaar voor iedereen.

**TvMR: Is er op EU-niveau behoefte aan een soortgelijke gegevensverzameling? Of is dit een zuiver nationale aangelegenheid?**

**Szabolcs Schmidt:** De basisstatistiek komt van de lidstaten. Natuurlijk gaat de statistische informatie naar Eurostat, maar op Europees niveau bouwen we meestal voort op wat er op nationaal niveau wordt verzameld. De Europese rol bestaat erin te zorgen voor mainstreamingsmechanismen en enkele aanvullende data. Zo vult het Fundamental Rights Agency de data van de lidstaten aan door regelmatig enquêtes uit te voeren over de situatie van etnische minderheden en LGBTIQ+.

**TvMR: Enerzijds verzamelen de EU-lidstaten gegevens aan de hand van supranationale richtsnoeren die daar speciaal voor zijn opgesteld. Aan de andere kant heeft datzelfde supranationale niveau de GDPR uitgevaardigd, een belangrijke verordening over de bescherming van persoonsgegevens. Staan deze twee instrumenten elkaar niet in de weg bij het verzamelen van gelijkheidsgegevens?**

**Szabolcs Schmidt:** De regels zijn niet met elkaar in tegenspraak. Alle gelijkheidsgegevens moeten worden verzameld en verwerkt met strikte inachtneming van de gegevensbeschermingsregels. Soms zijn mensen

huiverachtig om gegevens te verstrekken of te verzamelen. Zij denken, omdat het om gevoelige gegevens gaat, dat het beter is er niet aan te komen. Maar dan missen we de mogelijkheid om de (on)gelijkheidsituatie beter te begrijpen.

**Rachel Waerniers:** Er is inderdaad veel misverstand rond het wettelijk kader inzake persoonsgegevens en de GDPR. Er is veel mogelijk binnen het GDPR-kader. Dat is de uitdaging: mensen doen inzien dat dit kader gevoelige gegevens beschermt en tegelijk de creatie van gelijkheidsgegevens op een meer collectief en geanonimiseerd niveau mogelijk maakt.

**Szabolcs Schmidt:** Het is belangrijk om samen te werken en vertrouwen op te bouwen met de groepen die met ongelijkheid te kampen krijgen, opdat zij weten dat het verzamelen van gegevens in hun eigen belang is. Het gaat er niet om mensen te etiketteren; het gaat erom te begrijpen hoe een groep mensen zich onderscheidt van het maatschappelijk gemiddelde of van een andere groep. Uit een enquête zou bijvoorbeeld kunnen blijken dat in België 60% van de Roma de school vroegtijdig verlaat, terwijl dat percentage bij de algemene bevolking veel lager ligt. Het is dan gemakkelijk te begrijpen waarom dat probleem gericht aangepakt moet worden en een algemene leerplicht bijvoorbeeld niet volstaat. Zonder de gelijkheidsgegevens zouden de autoriteiten het specifieke probleem niet correct kunnen identificeren.

**TvMR: Is het belangrijk dat mensen zichzelf kunnen identificeren als behorend tot een bepaalde groep in het kader van deze gegevensverzameling?**

**Szabolcs Schmidt:** Zelfidentificatie voor bepaalde kenmerken of als deel van een bepaalde groep wordt over het algemeen beschouwd als de meest betrouwbare manier om gegevens over gelijkheid op te bouwen, aangezien de identificatie niet door iemand anders wordt opgelegd. Een persoon

is de meest geloofwaardige bron van informatie over zichzelf.

**Rachel Waerniers:** Het zoveel mogelijk baseren van gegevens over gelijkheid op zelfidentificatie is ook een van de richtsnoeren in de benadering van data door de Verenigde Naties, waarbij mensenrechten centraal staan.

**Szabolcs Schmidt:** Er zijn wel bepaalde risico's aan verbonden. Als een persoon zich in een weinig accepterende omgeving bevindt, bestaat de neiging om bepaalde kenmerken liever niet zelf te identificeren, zelfs niet in een anonieme enquête. In sommige lidstaten bijvoorbeeld geven Roma gemakkelijk zelf aan dat zij tot deze etnisch-culturele groep behoren. In andere landen houden Roma vol dat zij burger van een land zijn en niet tot een afzonderlijke etnische groep van 'de Roma' behoren. Er moet nog vooruitgang worden geboekt bij het wegwerken van stigmatisering vanwege het behoren tot een bepaalde bevolkingsgroep.

**TvMR: Het verzamelen van gegevens over gelijkheid is één ding, ze gebruiken is de volgende stap. Kunt u toelichten waarvoor gelijkheidsdata precies kunnen worden gebruikt?**

**Rachel Waerniers:** Het is inderdaad belangrijk te benadrukken dat gelijkheidsgegevens geen doel op zich zijn, maar slechts een middel om een doel te bereiken. We hebben een nauwkeurig beeld van de werkelijkheid nodig om te kunnen vaststellen wat het probleem is, om nieuwe beleidsmaatregelen te kunnen formuleren en om deze vervolgens te kunnen controleren en evalueren. Gegevens over gelijkheid helpen om bepaalde vormen van ongelijkheid zichtbaarder te maken. De sociaal-economische monitoring van Unia bijvoorbeeld, die ik eerder noemde, maakt duidelijk waar de problemen op de arbeidsmarkt liggen en levert informatie op voor beleidsaanbevelingen. We kunnen gegevens ook gebruiken om gericht over bepaalde onderwerpen

te communiceren of te sensibiliseren. Ten slotte zijn de individuele klachten die Unia dagelijks behandelt niet alleen een rijke bron van gegevens, deze gegevens over gelijke kansen kunnen ook helpen om klachten op te lossen, bijvoorbeeld door statistische gegevens over de hele samenleving in te zetten als bewijs van discriminatie in een individueel geval.

**Szabolcs Schmidt:** Gelijkheidsgegevens zijn belangrijk voor lidstaten om hun uitdagingen op het gebied van (on)gelijkheid zo goed mogelijk te begrijpen en met een beleidsantwoord te komen. In sommige landen zal migratie een groter probleem zijn, in andere religie. Leeftijdsstructuren verschillen van land tot land, net als de behandeling van mensen met een handicap, enzovoort. De meeste beleidsmaatregelen die uit de gelijkheidsdata voortvloeien, zullen op nationaal niveau worden genomen, maar uit de gegevens blijkt dat bijvoorbeeld etnische discriminatie in de hele EU prominent aanwezig is, zodat de EU ook hier beleid zou kunnen ontwikkelen op basis van gegevens over gelijkheid in de hele Unie.

**TvMR: Om af te ronden: doorheen het interview is het duidelijk geworden dat er EU-richtsnoeren bestaan over hoe de lidstaten gelijkheidsgegevens kunnen verzamelen om een beter beleid inzake gelijkheid en non-discriminatie tot stand te brengen. Wat is de volgende stap voor gelijkheid en gegevens over gelijkheid?**

**Szabolcs Schmidt:** Gelijkheid blijft een essentieel onderdeel van het EU-beleid. De Commissie zal haar rol blijven spelen bij het mainstreamen van mechanismen voor het verzamelen van gelijkheidsdata. Daarnaast gaan we door met onze eigen gerichte strategieën rond verschillende kwetsbare groepen zoals Roma en LGBTIQ+.

**Rachel Waerniers:** Wij zouden graag de aanbevelingen uit ons rapport verder opvolgen. Een daarvan was de

creatie van een meer gecoördineerde aanpak rond gelijkheidsgegevens in België door het maken van een platform waar we alle belanghebbenden samenbrengen. Dit platform zou de dynamiek kunnen versterken waarmee we in ons project al van start gingen, aan de hand van participatieve en raadgevende groepen. Een andere aanbeveling was de noodzaak om verder onderzoek te doen naar zelfidentificatie op basis van etnische of nationale herkomst in België. De bestaande administratieve status inzake herkomst en nationaliteit, bijgehouden door onze overheden, komt niet noodzakelijk overeen met de zelfidentificatie van een persoon. Ten slotte hebben de datahub en het projectverslag zich gericht op een beperkte groep discriminatiegronden. We zijn in gesprek met onze partners bij de cel Gelijke Kansen om een vervolgproject op te zetten dat specifiek gericht is op gegevens over handicap.

**TvMR: Belangrijke vervolgprojecten in zicht, dus. Veel succes!**

