

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

Leiden, 23 april 2021
Betreft: wetsvoorstel Tijdelijke wet testbewijzen COVID-19

Geachte Kamerleden,

Met deze brief wil het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM) uw aandacht vragen voor enkele zorgpunten met betrekking tot het voorstel voor een tijdelijke wet testbewijzen COVID-19 (hierna: (wets)voorstel).

Het wetsvoorstel biedt de juridische basis om bij ministeriële regeling het tonen van een bewijs van een negatieve corona-test verplicht te stellen voor toegang tot niet-essentiële sectoren. Ook biedt het voorstel de basis om bij algemene maatregel van bestuur te bepalen dat zo een testbewijs wordt vereist voor deelname aan het middelbaar beroeps- en hoger onderwijs. Deze verplichting raakt diverse grondrechten van burgers, waaronder het recht op onderwijs, de bewegingsvrijheid, het verbod op discriminatie en de bescherming van persoonsgegevens, welke allemaal gerechtvaardigd worden met een beroep op de volksgezondheid.

1 Noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit

De maatregelen die in het voorstel worden voorgesteld zijn stuk voor stuk tijdelijk, omdat ze worden opgenomen in het tijdelijke hoofdstuk Va van de Wet publieke gezondheid.¹ De voorgestelde maatregelen verschillen echter van andere maatregelen die zijn genomen tegen COVID-19. Strikt genomen is de voorgestelde inzet van testbewijzen namelijk niet noodzakelijk voor de bestrijding van de huidige pandemie; een testbewijs leidt immers niet tot daling van het reproductiegetal van het virus.

Het wetsvoorstel gaat er vanuit dat testbewijzen werken (effectief) en proportioneel zijn. Het NJCM zet daar nadrukkelijk vraagtekens bij. Het wetsvoorstel onderkent ten aanzien van de te gebruiken test, in navolging van de Gezondheidsraad, dat de ideale test op (naderende) besmettelijkheid niet bestaat. Op voorhand is niet te bepalen welke testen in welke situatie nodig zijn en of de inzet van testbewijzen effectief is. Indien geen sprake is van effectiviteit, dan kan dit leiden tot schijnveiligheid en het vergroten van gezondheidsrisico's. Ook de besluitvorming over de testmethode en teststrategie zal in de praktijk leiden tot veel complexiteit.² De vraag rijst dan of een dergelijk complex beleid helder en begrijpelijk kan worden uitgelegd aan burgers? In de kern wordt aan gezonde mensen, zonder klachten, gevraagd met een test te bewijzen dat ze gezond zijn voordat ze toegang krijgen tot bijvoorbeeld sport- en jeugdactiviteiten. Burgers moeten dus verplicht een medische handeling ondergaan voordat ze deel mogen nemen aan onderdelen van de samenleving.³

¹ Art. VIII, eerste lid, Tijdelijke wet maatregelen COVID-19.

² MvT, p. 11 en 12.

³ Het Artsen Covid Collectief bijvoorbeeld vindt de huidige beleidslijn maatschappelijk schadelijk en pleit voor het overstappen op een beleid waarbij gezonde mensen hun vrijheid terugkrijgen en kwetsbare mensen op basis van

Zijn testbewijzen dan de minst ingrijpende maatregelen om de virusverspreiding terug te dringen of de samenleving weer te openen? Hoe zal het beleid worden gemonitord en geëvalueerd? Hoe wordt er voorkomen dat er een tweedeling ontstaat in de samenleving tussen burgers die wel mogen deelnemen aan de samenleving en burgers die dan niet mogen?

Het NJCM heeft dus grote vraagtekens bij dit wetsvoorstel. Indien de wetgever toch kiest voor de inzet van testbewijzen dan vraagt het NJCM uw aandacht voor een aantal specifieke uitdagingen en zorgpunten (punten 2 tot en met 6). Daarnaast geven wij u de volgende standpunten mee:

- Een (verplichte) testbewijs mag nimmer worden ingezet als een extra maatregel bovenop andere beperkende maatregelen, maar uitsluitend om beperkende maatregelen voor bepaalde voorzieningen of activiteiten te versoepelen of sneller los te laten.
- Het gevolg van deze maatregel mag niet zijn dat het gevoel van veiligheid dat testbewijzen met zich kunnen meebrengen een averechts effect heeft op de epidemiologische situatie, waardoor nieuwe beperkingen noodzakelijk zijn. Het is immers niet ondenkbaar dat testbewijzen een dusdanig gevoel van veiligheid creëren, dat mensen andere maatregelen niet langer of onvoldoende in acht nemen en zodoende nieuwe besmettingen ontstaan. Een gedegen wetenschappelijke onderbouwing van de keuzes alsook een goede en continue monitoring van de maatregelen is dan ook essentieel.
- De eventuele inzet van testbewijzen moet worden gestaakt, indien (mede door vaccinaties op basis van vrijwilligheid) het epidemiologische risico van COVID-19 een niveau heeft bereikt dat andere (gezondheids)risico's evenaart of als er andere, minder ingrijpende, maatregelen mogelijk zijn.

Hieronder volgen meer specifieke zorgpunten die het NJCM heeft ten opzichte van dit wetsvoorstel:

2 Arbitraire keuzes

Het is ons niet duidelijk waarom het wetsvoorstel zich toespitst op bepaalde voorzieningen en groepen. De keuzes lijken willekeurig. Zo worden bijvoorbeeld met deze wet de jongere mensen c.q. doelgroepen die het minst risico lopen onevenredig hard geraakt. Waarom wel testbewijzen bij georganiseerde jongerenactiviteiten verplicht stellen, maar niet bij georganiseerde activiteiten voor ouderen? Waarom niet een verplicht testbewijs voor personeel, eigenaar, organisator of beheerder van de voorziening of activiteit, maar wel voor bezoekers?

Hoewel in de toelichting getracht is om daar een onderbouwing aan te geven, vindt het NJCM die onderbouwing niet overtuigend. Dit soort willekeurige onderscheidingen is moeilijk te rijmen met het doel van het tegengaan van besmettingen en is aan burgers moeilijk uit te leggen. Ook is de vraag of het voorzienbare gevolg van sommige van deze keuzes niet is, dat op korte termijn na de eerste inzet van testbewijzen mensenrechten weer verder zullen worden beperkt, omdat bijvoorbeeld niet getest horecapersoneel het virus onder geteste bezoekers verspreidt.

3 Gelijke toegang tot fundamentele rechten

Het genot van de fundamentele rechten en vrijheden in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook (artikel 14 EVRM). Onderscheid op grond van iemands gezondheidsstatus valt daar ook onder.⁴ De toelichting op het voorstel gaat hieraan voorbij, terwijl hier de fundamentele vraag rijst of er met dit

vrijwilligheid zo goed mogelijk bescherming wordt geboden. <https://artsencollectief.nl/massaal-sneltesten-medisch-gezien-onacceptabel/>

⁴ EHRM 2011, *Kiyutin t. Rusland*, § 57.

wetsvoorstel geen moeilijk te rechtvaardigen onderscheid ontstaat wat betreft met name het genot op de vrijheid van onderwijs.

Hoewel niet vastgelegd in het EVRM, geldt dit in meer abstracte zin ook voor het recht van eenieder om deel te nemen aan het culturele leven.⁵ Een deel van het culturele leven kan op grond van dit voorstel immers worden opengesteld voor geteste personen (als zogenoemde niet-essentiële sector), waar dit culturele leven voor niet-geteste personen ontoegankelijk blijft.

Voorts laat het wetsvoorstel de mogelijkheden om onverplicht toelatingsbeleid te voeren nadrukkelijk onverlet. Private partijen kunnen dus ongereguleerd een toegangsbeleid hanteren en derhalve klanten en bezoekers weigeren. Het NJCM ziet hier een verantwoordelijkheid van de wetgever om een dergelijk toegangsbeleid van private partijen te verbieden, dan wel daaraan paal en perk te stellen omdat het kan leiden tot discriminatie en uitsluiting.

4 Onderwijs

Het recht op onderwijs is onder andere verankerd in artikel 2 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Een fundamenteel recht als dit mag enkel worden ingeperkt indien dit strikt noodzakelijk is. In de toelichting wordt deze noodzakelijkheid onvoldoende toegelicht. Zo valt ten eerste op dat het middelbaar- en hoger beroepsonderwijs wel als essentiële sector worden aangemerkt, terwijl niet wordt gemotiveerd waarom het voor deze onderwijscategorieën desondanks geoorloofd is om testbewijzen verplicht te stellen. De rechtvaardiging om testbewijzen alleen te gebruiken in niet-essentiële sectoren (waar een testbewijs minder ingrijpend zou zijn voor burgers), wordt zodoende in het kader van het onderwijs ongemotiveerd verlaten.

In dit kader rijzen ook vragen over het recht op de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam. Waar de inbreuk op dit recht bij niet-essentiële sectoren nog relatief gering is vanwege het vrijwillige karakter van deelname daaraan, ligt dit anders wanneer deelname minder vrijblijvend is, zoals in het onderwijs. Daarnaast benoemt de toelichting wel dat een minder ingrijpend alternatief de voorkeur heeft boven het gebruik van testbewijzen, maar er worden geen mogelijke alternatieven uitgewerkt voor het mogelijk maken van fysiek onderwijs.

Daarnaast heeft, zoals gezegd, een ieder gelijkelijk recht op het genot van de fundamentele rechten en vrijheden uit het EVRM. Door het gebruik van testbewijzen zal een tweedeling ontstaan tussen studenten die wel (fysiek) onderwijs kunnen volgen en studenten die dat niet kunnen, waardoor niet alle studenten dezelfde mate van onderwijskwaliteit zullen genieten.

Het is wellicht mogelijk om deze spanning weg te nemen. Het voorstel legt bij de inzet en het gebruik van testbewijzen in het onderwijs aan onderwijsinstellingen een inspanningsverplichting op om de toegankelijkheid van het onderwijs te waarborgen voor de student die geen testuitslag kan tonen. Het NJCM pleit ervoor om hier een *resultaatsverplichting* van te maken, teneinde het onderwijs ook toegankelijk te maken voor studenten die zich niet kunnen of niet willen laten testen. Daarvoor is een gedetailleerder kader nodig voor de inzet van testen in het onderwijs dan waar het wetsvoorstel nu in voorziet. Het NJCM stelt voor om hierbij aansluiting te zoeken bij EHRM's jurisprudentie over het verzekeren van onderwijs aan studenten met een beperking. Daaruit volgt dat als het krijgen van les in de gebruikelijke fysieke omgeving niet mogelijk is, er redelijke aanpassingen getroffen moeten worden om het recht op onderwijs te verzekeren en discriminatie te voorkomen.⁶ Op basis van de huidige inspanningsverplichting hebben studenten zonder testbewijs geen enkele garantie op onderwijs, zelfs niet op online onderwijs.

Wij vragen ons bovendien ten eerste af of online onderwijs als redelijke aanpassing in de zin van het EVRM kan worden aangemerkt, maar menen dat in ieder geval nader uitgewerkt dient te worden op welke manier studenten zichzelf te allen tijde van onderwijs verzekerd kunnen weten.

⁵ Art. 15, eerste lid en onder a, Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten.

⁶ EHRM, 23 februari 2016 (Cam/Turkije), § 65-67; EHRM 30 januari 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0130JUD002306512 (Enver Sahin/Turkije), § 60-64.

Door het opnemen en uitwerken van een resultaatsverplichting voor onderwijsinstellingen in het wetsvoorstel kan het recht op onderwijs voor studenten beter worden gewaarborgd.

5 Bescherming persoonsgegevens

Bij de inzet en het gebruik van testbewijzen zullen persoonsgegevens worden verwerkt. De Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) stelt strenge eisen en voorwaarden aan de verwerking van (persoons)gegevens.

Allereerst merkt het NJCM op dat in de toelichting enkel wordt ingegaan op de inzet en het gebruik van een testbewijs als toelatingsinstrument, maar er weinig aandacht is voor de verwerking van persoonsgegevens bij het uitvoeren van een test en de verkrijging en verwerking van een testbewijs in de daarvoor aangewezen infrastructuur. De overheid heeft hier onzes inziens een zorgplicht om bij elk proces duidelijk te maken welke eisen er gelden.

Het NJCM vraagt zich af waarom voor de wettelijk gereguleerde infrastructuur en de verwerkingen rondom het gehele proces rondom testbewijzen nog geen Privacy Impact Assessment (PIA) is uitgevoerd, en in hoeverre rekening is gehouden met beginselen als dataminimalisatie en beperking van de verwerkingsduur. In de toelichting wordt gesteld dat er nog een PIA komt. Idealiter dient dit echter vooraf te geschieden, opdat de risico's en keuzes goed afgewogen worden alvorens over te gaan tot ontwikkeling en uitvoering van een wet en de bijbehorende data infrastructuur.

Voor wat betreft de summiere set identificerende gegevens merkt het NJCM op dat ze niet in de wet zijn vastgelegd. Het NJCM verzoekt om wettelijk te borgen dat identificerende gegevens beperkt blijven tot enkel de gegevens die strikt noodzakelijk zijn voor identificatie en verificatie. Daarnaast verzoekt het NJCM in de wet waarborgen op te nemen die nieuwe en verdere verwerkingen van (persoons)gegevens voorkomen.

Het voorstel voorziet in een wettelijk kader voor het verplicht testbewijs. Daarmee wordt een wettelijke grondslag gecreëerd voor het verwerken van (bijzondere) persoonsgegevens voor een persoon of organisatie die een testbewijs controleert. Voor de eventuele inzet van testbewijzen door private partijen (het 'onverplicht testbewijs') is men dan aangewezen op de toestemming van de burger als grondslag voor de gegevensverwerking. Het NJCM wijst erop dat in deze constellatie voor het onverplichte testbewijs de toestemming voor de verwerking van persoonsgegevens als juiste grondslag moeilijk te beargumenteren is. Het betreft hier namelijk de verwerking van bijzondere persoonsgegevens. In principe kunnen op basis van toestemming ook bijzondere persoonsgegevens worden verwerkt, echter die toestemming dient vrijelijk, specifiek en geïnformeerd gegeven te zijn. Het NJCM twijfelt eraan of wel gesproken kan worden over vrijelijk gegeven toestemming voor gegevensverwerking in een geval waar een private partij het tonen van een negatief testresultaat als voorwaarde stelt voor toegang. Aan het niet geven van de toestemming zijn immers negatieve consequenties verbonden; de toegang tot een voorziening of activiteit wordt dan geweigerd. Zonder duidelijke kaders voor de verwerking van persoonsgegevens bij het onverplichte testbewijs, bestaat aldus het risico dat een persoon nimmer zijn toestemming vrijelijk en geïnformeerd kan geven. Het NJCM meent daarom dat het onverplichte testbewijs ofwel verboden dient te worden, dan wel daar duidelijke eisen en grenzen aan moeten worden gesteld.

Voorts wijst het NJCM erop dat het wetsvoorstel eveneens een zorgplicht voor de overheid creëert om enerzijds de beschikbaarheid van testbewijzen te garanderen en om anderzijds de betrouwbaarheid, alsmede een hoog niveau van beveiliging te waarborgen. Naar de mening van het NJCM kan dit op de korte termijn niet zonder meer aan private partijen worden overgelaten. De overheid dient hier nu een leidende rol te nemen. Omdat het de wens is om het publieke leven zo snel mogelijk en op verantwoorde wijze te heropenen, en derhalve snelheid bij de ontwikkeling van de applicaties geboden is, dient de overheid in dit stadium de testbewijzen en de volledig beveiligde infrastructuur voor het verplichte testbewijs te faciliteren. Voor burgers is het ten slotte van belang

dat testbewijzen laagdrempelig beschikbaar komen en dat er op korte termijn herkenbare apps ontstaan waarop burgers kunnen vertrouwen.

6 Kosten voor de maatschappij

Het NJCM meent dat daar waar het gaat om overheidsmaatregelen die grondrechtelijke vrijheden sterk hebben ingeperkt, het niet proportioneel is om de kosten van versoepeling daarvan aan burgers, door de overheid aangewezen niet-essentiële sectoren en het onderwijs door te berekenen, ook niet op basis van het profijtbeginsel. De kosten van inzet van testbewijzen kunnen (indirect) bij de gebruikers terecht komen, indien de kosten voor testbewijzen door niet-essentiële sectoren worden doorberekend aan de gebruikers van de voorzieningen. Dit is niet gewenst. Iedere burger moet gelijke (financiële) toegang hebben tot testmogelijkheden en testbewijzen. Daarnaast mag het beleid van de overheid nimmer tot discriminatie leiden omdat sommigen zich een dergelijke test financieel niet kunnen veroorloven. Tenslotte is er wat betreft het onderwijs sprake van essentiële voorzieningen. Het is het NJCM onduidelijk hoe het profijtbeginsel op onderwijsinstellingen van toepassing zou zijn.

Wij hopen u voldoende geïnformeerd te hebben en zijn graag bereid tot een nadere toelichting.

Hoogachtend,

i/o



Monique Steijns
Voorzitter NJCM