

Aan de demissionair minister van Volksgezondheid,
Welzijn en Sport
H.M. de Jonge
Postbus 20350
2500 EJ DEN HAAG

Onderwerp
Spoedadvies Tijdelijke wet
testbewijzen covid-19

Datum
15 maart 2021
Ons kenmerk
2021/0033/VB/LD

Geachte minister De Jonge,

Op 8 maart 2021 heeft u het College voor de Rechten van de Mens uitgenodigd om te adviseren over het wetsvoorstel voor een Tijdelijke wet testbewijzen covid-19. Het College waardeert het dat het de gelegenheid krijgt om te reageren op dit wetsvoorstel. In de bijlage bij deze brief vindt u de reactie van het College.

Vanzelfsprekend zijn wij graag bereid tot nadere toelichting indien gewenst. U kunt zich daarvoor wenden tot [REDACTED], beleidsadviseur, via [REDACTED]@mensenrechten.nl of 06 - [REDACTED].

Met vriendelijke groet,

[REDACTED]
Voorzitter

Bijlage: 1

**Aandachtspunten bij de Tijdelijke wet
testbewijzen covid-19**

Spoedadvies

1. Spoedadvisering op verzoek

Het College voor de Rechten van de Mens (hierna: het College) adviseert op verzoek van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK), de Minister van Justitie en Veiligheid (J&V) en de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) over het voorstel voor een Tijdelijke wet testbewijzen covid-19. De tekst van het wetsvoorstel en de daarbij behorende toelichting werden door het College op 8 maart 2021 ontvangen.

Het wetsvoorstel is erop gericht te regelen dat een bewijs van een recente negatieve uitslag van een coronatest kan worden ingezet voor toegang tot sport- en jeugdactiviteiten, culturele instellingen, evenementen, restaurants en overige horeca (artikel 58ra, eerste lid). Daarnaast kan het middelbaar beroepsonderwijs (mbo) en het hoger onderwijs (ho) via een algemene maatregel van bestuur worden aangewezen om via testbewijzen meer fysiek onderwijs mogelijk te maken (artikel 58ra, tweede lid). Testbewijzen zijn bedoeld voor het terugdringen van de verspreiding van het virus SARS-CoV-2 (coronavirus) en het heropenen van onderdelen van de samenleving.

Het College is verheugd om te lezen dat de regering het advies van de Gezondheidsraad over de voorwaarden waaronder een testbewijs verantwoord kan worden ingezet heeft overgenomen, door in het wetsvoorstel onder meer onderscheid te maken tussen de sectoren waarin testbewijzen kunnen worden ingezet. Het wetsvoorstel biedt een grondslag voor het gebruik van testbewijzen in niet-essentiële sectoren en daarnaast voor delen van het onderwijs. Het gebruik van testbewijzen in andere essentiële sectoren is uitgesloten.

Wanneer een testbewijs door de overheid als (absolute) voorwaarde wordt gesteld voor de toegang tot voorzieningen, leidt dit feitelijk tot een (indirecte) plicht tot testen voor mensen die deze sociale gelegenheden willen bezoeken. Het moeten ondergaan van een coronatest voor de toegang tot een voorziening betekent tevens een inmenging in grondrechten, bijvoorbeeld het recht op respect voor de lichamelijke integriteit en de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene. Dit vergt een objectieve rechtvaardiging en een voldoende specifieke formeel-wettelijke grondslag. Daarnaast moet in de onderwijscontext ook rekening worden gehouden met het recht op onderwijs.

In deze reactie behandelt het College de volgende onderwerpen. Het College gaat in op de noodzaak van een nadere afbakening van de periode of omstandigheden (ten aanzien van de virusverspreiding) waarin met de inzet van testbewijzen zal worden gewerkt (para. 2). Ook heeft het College op onderdelen behoefte aan een nadere onderbouwing van de effectiviteit van de voorgestelde maatregel in de toelichting bij dit voorstel (para. 3). Het College geeft specifieke aandachtspunten mee voor het gebruik van testbewijzen in het onderwijs (para. 4) en plaatst kanttekeningen bij potentiële neveneffecten van het gebruik van testbewijzen in de praktijk (para. 5). Het College geeft vervolgens een aantal aandachtspunten gelet op het VN-verdrag inzake de rechten van personen met een beperking (para. 6).

2. Duidelijke en concrete afbakening van de periode en omstandigheden waarin de inzet van testbewijzen noodzakelijk is

Beperkingen van mensenrechten, zoals de (indirecte) plicht tot testen, dienen een juridische basis te hebben en toegankelijk en voorzienbaar te zijn. Het voorzienbaarheidsvereiste betekent dat er in de wetstekst met een zekere mate van precisie duidelijkheid wordt gegeven wanneer en onder welke voorwaarden een testbewijs gebruikt zal worden om de toegang tot voorzieningen en activiteiten te reguleren, en op

welk moment van de inzet van testbewijzen kan worden afgestapt. Die waarborg stelt zeker dat een burger zijn gedrag kan aanpassen aan de wet en dient de rechtszekerheid.

Het onderhavige wetsvoorstel biedt de grondslag om bij ministeriële regeling testbewijzen te kunnen inzetten voor toegang tot sport- en jeugdactiviteiten, culturele instellingen, evenementen, restaurants en overige horeca (artikel 58ra, eerste lid). Deze begrippen zijn echter ongelijksoortig - horeca is een sector en sport is een activiteit - en vereisen nadere toelichting. Het volgt bijvoorbeeld nog niet uit de toelichting op het wetsvoorstel of kerkdiensten, begrafenissen of bruiloften ook onder het begrip “evenementen” zullen vallen en wat precies het verschil is tussen de gebruikte termen.

Verder merkt het College op dat de memorie van toelichting nog weinig concreet is over de vraag op welk moment testbewijzen zullen worden ingezet en de burger een negatief testbewijs moet overleggen. Het College heeft er begrip voor dat dit ten tijde van de indiening van het wetsvoorstel nog niet te bepalen was. Volgens de toelichting hangt dit af van de actuele omstandigheden, waaronder de epidemiologische situatie en de geldende maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19. De toelichting op het wetsvoorstel verwijst naar de “Routekaart coronamaatregelen” als een belangrijke richtsnoer voor de inzet van testbewijzen. Het College vraagt zich echter af of de Routekaart het beste baken hiervoor is. Dit instrument is namelijk al een aantal keren bijgesteld en geeft geen uitsluitel over het inzetten van testbewijzen. Burgers kunnen hier weinig houvast aan ontleen.

Het duidelijk omschrijven van het moment waarop en het soort niet-essentiële activiteiten en voorzieningen waarvoor testbewijzen zullen worden ingezet, zal voor mensen het inzicht in de rechtspositie bevorderen en komt de rechtszekerheid ten goede. Het College adviseert de wetgever dan ook om duidelijke en concrete afbakening te bieden in de toelichting op het wetsvoorstel.

3. Verdere onderbouwing nodig van de effectiviteit van de voorgestelde maatregel

Een testbewijs zal niet voorgeschreven worden voor medewerkers van de betrokken sectoren (artikel 58ra, zevende lid). Het College heeft er begrip voor dat de aard van de rechtsverhouding en de afhankelijkheidsrelatie tussen werkgever enerzijds en werknemer, uitzendkracht, gedetacheerde, zzp'er en vergelijkbare medewerkers anderzijds, het verplichte testbewijs voor medewerkers voornamelijk vanuit het oogpunt van de proportionaliteit een te ingrijpende maatregel maakt. Wel merkt het College op dat een systeem waarbij medewerkers uitgezonderd zijn van de verplichting om een testbewijs te tonen moeilijk te rijmen is met het doel van het tegengaan van de verspreiding van het coronavirus. Er bestaat immers een risico dat medewerkers het virus verspreiden onder deelnemers aan activiteiten of bezoekers van voorzieningen voor wie wel een testbewijs verplicht is. Het College adviseert de wetgever om toe te lichten hoe de effectiviteit van de voorgestelde maatregel kan worden gegarandeerd als er twee verschillende regimes gelden voor bezoekers van en deelnemers aan voorzieningen en voor het personeel. Ook is het van belang dat de overheid in de informatie en berichtgeving over de maatregel duidelijk maakt dat een negatief testbewijs niet betekent dat het risico op verspreiding nihil zal zijn.

4. Aandachtspunten ten aanzien van het gebruik van testbewijzen in het onderwijs

Onderwijs is een essentiële sector die mensenrechtelijk specifiek gereguleerd is. Op grond van verschillende internationale en Europese verdragen alsmede nationale wet- en regelgeving is Nederland verplicht om zorg te dragen voor het recht op onderwijs. Meer specifiek volgt uit artikel 28 en 29 van het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het

Kind, artikel 13 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, artikel 2 van het Eerste Protocol van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens en artikel 23 van de Grondwet, dat de Staat maatregelen dient te treffen om onderwijs toegankelijk te maken en regelmatig schoolbezoek te bevorderen. Afhankelijk van de resultaten van de pilot omtrent de testbereidheid van leerlingen, die medio mei worden verwacht, kunnen onderwijsinstellingen straks testbewijzen verlangen van leerlingen die in fysieke vorm toegang willen krijgen tot het onderwijs. Het uitgangspunt is dat leerlingen daar niet toe verplicht worden. Maar dat neemt niet weg dat een dergelijke maatregel indirect wel tot een verplichting kan leiden als de wens is om fysiek onderwijs te volgen. Studenten die geen testbewijs kunnen of willen overleggen, krijgen volgens de memorie van toelichting, toch zoveel mogelijk fysiek onderwijs, en anders online onderwijs. Dat roept echter de vraag op over de effectiviteit van de maatregel als die niet door alle leerlingen hoeft te worden opgevolgd.

Proportionaliteit en subsidiariteit

Vanwege de specifieke aard van het onderwijs, en de daarin betrokken mensenrechten, is ook een meer specifieke onderbouwing nodig van de reden waarom inzet van testen in deze essentiële sector gerechtvaardigd is, waarbij het recht op onderwijs wordt afgewogen tegen gezondheidsbelangen. Een dergelijke meer specifieke onderbouwing is op dit moment nog onvoldoende uitgewerkt in de memorie van toelichting. Vragen die zich daarbij voordoen zijn bijvoorbeeld: In hoeverre is er sprake van vrijwilligheid wanneer het gaat om jongeren die hun recht op (toegang tot het) onderwijs willen effectueren? Hoe vaak zouden jongeren een testbewijs moeten overleggen, nu dat afhankelijk is van het type test en de geldigheidsduur van zo'n test? Door deze onduidelijkheid is het nog niet goed mogelijk om een uitspraak te doen over de mate van proportionaliteit van het ondergaan van testen voor het verkrijgen van toegang tot het onderwijs. Verder vraagt het College zich af of alle onderwijsinstellingen verplicht zijn om uitvoering te geven aan deze wet, of dat er mogelijkheden worden gecreëerd om daar - in bijzondere gevallen - van af te wijken met inachtneming van de reguliere coronamaatregelen. Het College merkt ook op dat geen onderscheid is gemaakt tussen het volgen van onderwijs en het afnemen van examens of tentamens. Zouden voor beide dezelfde regels met betrekking tot testbewijzen gelden, ook als bijvoorbeeld bij examinering de reguliere coronamaatregelen kunnen volstaan?

De memorie van toelichting bevat geen informatie of onderzoek is gedaan naar alternatieve mogelijkheden voor het breed toegankelijk maken van fysiek onderwijs, behalve met behulp van de inzet van testbewijzen. Voor het middelbaar beroepsonderwijs dat veelal bestaat uit praktijkonderwijs bestaan die alternatieven vrijwel niet, zoals de Gezondheidsraad ook in haar rapport 'advies Testbewijzen voor SARS-CoV-2: ethische en juridische voorwaarden' terecht heeft opgemerkt. Voor het middelbaar beroepsonderwijs kan het gebruik van testbewijzen derhalve een uitkomst zijn. Het hoger beroepsonderwijs heeft ook te maken met praktijkonderwijs, hetzij in verminderde mate. Dit zal uiteindelijk per opleiding afzonderlijk moeten worden beoordeeld. In de memorie van toelichting wordt vermeld dat het uitgangspunt is dat jongeren die zich niet willen of kunnen laten testen toch zoveel als mogelijk toegang krijgen tot fysiek onderwijs. De mogelijkheid voor toegang tot online onderwijs blijft daarnaast ook bestaan. Het College verzoekt de regering om te verduidelijken welke andere alternatieven zijn onderzocht om toegang tot hoger beroepsonderwijs te verzorgen.

Non-discriminatie

Uit het wetsvoorstel volgt dat gebleken moet zijn dat ondanks maatwerk bij de maatregelen ter bestrijding van de epidemie er toch sprake is van een onaanvaardbaar tekort aan fysiek onderwijs. Wanneer sprake is van een onaanvaardbaar tekort, zal ongetwijfeld per onderwijsinstelling verschillen, maar dat is (nog) niet nader

geconcretiseerd, inclusief de vraag wie bepaalt wat (on)aanvaardbaar is. Het maatwerk kan bestaan uit het testen op basis van vrijwilligheid. Nog los van de vraag, die eerder ook aan de orde werd gesteld, over de mate waarin jongeren in vrijheid een keuze kunnen maken om zich wel of niet te laten testen om toegang te krijgen tot een essentiële voorziening, is er nog een vraag die opkomt. De introductie van testbewijzen zorgt voor een tweedeling tussen jongeren, namelijk degenen die zich wel laten testen en degenen die zich (om voor hen moverende redenen) daarvan afzien. Dit kan ertoe leiden dat de geteste groep wel deelneemt aan het fysieke onderwijs en de niet-geteste groep niet, dan wel beperkt, afhankelijk van datgene wat per onderwijsinstelling mogelijk is. Dit kan, als een dergelijke maatregel heel lang nodig blijft, leiden tot studievertraging en/of kansongelijkheid doordat mogelijk niet alle jongeren in de positie zijn om dezelfde kwaliteit van onderwijs te krijgen. Het College maakt zich hier grote zorgen over. Nu de staat op grond van onder meer het Internationale Verdrag inzake de Rechten van het Kind verplicht is om het recht op onderwijs op grond van gelijke kansen te verwezenlijken, verzoekt het College om dit onderdeel van een stevig fundament te voorzien in de uiteindelijke wet.

5. Belang voorkomen discriminatoire neveneffecten inzet testbewijzen

De vraag of door de inzet van testbewijzen als voorwaarde voor de toegang tot voorzieningen uitsluiting of achterstelling van bepaalde groepen in de samenleving op kan treden, is in belangrijke mate afhankelijk van de kosten die verbonden zullen zijn aan de tests of testbewijzen. Kosten verbonden aan de tests of testbewijzen kunnen immers een financiële drempel opwerpen voor minder welgestelden. Volgens de memorie van toelichting zijn aan het testen en de testbewijzen zelf, althans in de context van het onderwijs, geen kosten verbonden. Bij gebruik van goederen en diensten in de niet-essentiële sector zullen volgens de memorie van toelichting geen directe kosten voor het testen en de testbewijzen in rekening worden gebracht. Dit punt blijft verder echter onderbelicht, terwijl het nadere uitleg verdiend. Worden er voor de niet-essentiële voorzieningen, net als voor het onderwijs, ook testlocaties ingericht? Hoe komen mensen straks aan kosteloze testen?

Testbewijzen kunnen straks enkel middels een app, digitaal dan wel op papier, worden gegenereerd. Hierdoor wordt onvoldoende rekening gehouden met diegenen die niet over een apparaat (kunnen) beschikken waarop een dergelijke app kan worden gedownload. Een alternatief lijkt vooralsnog niet voorhanden, te meer nu het in beginsel niet de bedoeling is om de gegevens van een negatieve GGD-test te gebruiken als testbewijs. Dit kan diegenen, die niet over een digitaal apparaat (kunnen) beschikken, bijvoorbeeld ouderen of mensen met een zwakkere sociaaleconomische status, uitsluiten. Het kan daarbij niet alleen gaan om het gebruik van goederen en diensten in de niet-essentiële sector, maar ook om jongeren die toegang willen tot fysiek onderwijs. Ook is onderbelicht gebleven welke alternatieven er worden geboden voor mensen die zich niet kunnen of willen laten testen, maar wel gebruik willen maken van de als niet-essentieel bestempelde voorzieningen. Het College verzoekt de regering op dit punt om opheldering.

Een ander risico op discriminatoire praktijken is het volgende. Alhoewel de reikwijdte van het wetsvoorstel op papier helder lijkt te zijn afgebakend - testbewijzen mogen immers enkel worden ingezet voor toegang tot specifieke niet-essentiële sectoren, ofwel onderwijs als daartoe wordt besloten - kan de digitale vorm waarin zo'n bewijs wordt afgegeven het verleidelijk maken voor andere sectoren en individuen om ook om een testbewijs te vragen. In termen van gegevensbescherming zou dat neerkomen op verwerking van bijzondere persoonsgegevens (gezondheidsgegevens) voor een ander doel dan waarvoor ze zijn verzameld. Dit is in strijd met artikel 5, eerste lid, sub b van de Algemene Verordening Gegevensverwerking waarin wordt geregeld dat gegevens enkel voor het daarvoor

vastgestelde doel mogen worden gebruikt. Voor het College is in dit verband van belang dat een dergelijk (verder) gebruik ook uit het perspectief van het recht op gelijke behandeling problematisch kan zijn. Stel dat andere aanbieders van goederen en diensten, zoals bijvoorbeeld taxi's, mensen zouden gaan vragen of zij ook een recent negatief testbewijs kunnen overleggen, en alleen die mensen willen gaan vervoeren. Of dat niet-horeca winkels hierom gaan vragen. Of dat werkgevers van de in het wetsvoorstel genoemde sectoren toch ook een testbewijs aan hun personeel vragen. Dat zou het effect van een dergelijk testbewijs, ook voor de betrokken partijen, in de praktijk sterk verbreden. Dit zou kunnen leiden tot een ongelijke behandeling bij het aanbieden van goederen en diensten. Het is daarom cruciaal om over de onrechtmatigheid van nader gebruik - en de mate van toezicht en handhaving daarop - (vooraf meer) duidelijkheid te geven, bijvoorbeeld door goede voorlichting aan het publiek.

Het College adviseert voornoemde punten te verduidelijken in de memorie van toelichting.

6. Aandachtspunten vanuit het perspectief van het VN-verdrag handicap

Zoals het College sinds de uitbraak van het nieuwe coronavirus in al zijn publicaties terzake heeft benadrukt, dient het VN-verdrag inzake de rechten van personen met een handicap (VN-verdrag handicap) ook bij een uitbraak van een pandemie te worden nageleefd. Het maakt niet alleen deel uit van het juridisch kader bij het nemen van coronamaatregelen, maar is ook van belang bij het geleidelijk aan loslaten daarvan.¹ In zijn wetgevingsadvisering hanteert het College als toezichthouder op de uitvoering van het VN-verdrag handicap in Nederland een vast beoordelingskader voor ontwerpwetgeving die het VN-verdrag handicap uitvoert of die mensen met een beperking raakt. Dit beoordelingskader is driedelig en omvat een grondbeginselen-check, een rechten- en verplichtingen-check en een coördinatiecheck.² In het licht van deze elementen maakt het College een aantal afsluitende opmerkingen over het wetsvoorstel.

Het VN-verdrag handicap gaat uit van een sociaal model als tegenhanger van een medisch model waarin mensen met een handicap vanuit medisch perspectief benaderd worden. Grondbeginselen als volledige en daadwerkelijke participatie en opname in de samenleving, toegankelijkheid en non-discriminatie (artikel 3 van het verdrag) geven daaraan uitdrukking. Al deze beginselen leiden ertoe dat bij de inzet van testbewijzen de deelname van mensen met een beperking uitdrukkelijk betrokken moet worden. Deelname aan het sociale leven in niet-essentiële sectoren valt immers binnen het bereik van het VN-verdrag handicap (artikel 30). Hetzelfde geldt voor het recht op onderwijs op voet van gelijkheid met anderen (artikel 24).

Waar de basismaatregelen en arbeidshygiënische werkgeversmaatregelen niet voldoende zijn voor de deelname van mensen met een beperking in de in het wetsvoorstel genoemde sectoren, kan het gebruik van testbewijzen een maatregel zijn die het verdrag daadwerkelijk verder ten uitvoer brengt. Mogelijk zal de uitzondering die is voorzien voor

¹ Zie bijvoorbeeld CRM 20 april 2020, *Spoedadvies aan de Minister van VWS over het aanbouwdocument juridische verantwoording corona-apps*, <mensenrechten.nl/nl/publicatie/5e9d7ff51e0fec037359c1da>; CRM 3 juni 2020, *Aandachtspunten bij het voorstel voor een Tijdelijke wet maatregelen covid-19* (Spoedadvies), <mensenrechten.nl/nl/publicatie/5ed908751e0fec037359c284>; CRM over de meldingen en uitkomsten van het meldpunt "Goed toegankelijk" op <mensenrechten.nl/nl/na-sluiting-van-het-meldpunt-goed-toegankelijk-werk-aan-de-winkel>.

² Zie CRM 27 februari 2020, *De positie van mensen met een arbeidsbeperking van jongs af aan in het licht van het VN-verdrag handicap. Breed advies*, <<https://mensenrechten.nl/nl/publicatie/5e5ce5bd7b7e3473ef02f608>>.

werknemers (artikel 58ra, zevende lid) de opening van deze sectoren voor mensen met bepaalde beperkingen in de praktijk evenwel voor een deel teniet kunnen doen.

In het kader van bovengenoemde grondbeginselen merkt het College het volgende op. Uit de memorie van toelichting wordt nog niet duidelijk of, en zo ja, op welke manier mensen met een beperking betrokken zijn bij de ontwikkeling van deze wet. Het College adviseert de regering om dit zo nodig alsnog te doen en om expliciet te reflecteren op de input die in de consultatieronde door mensen met een beperking en hun organisaties wordt gegeven. Ook beveelt het College aan om mensen met een beperking te betrekken bij het uitwerken en testen van de applicatie.

Toegankelijkheid heeft een fysieke component. Zo moeten testlocaties goed bereikbaar en toegankelijk zijn voor mensen met verschillende soorten beperkingen. Daarnaast heeft toegankelijkheid een informatieve kant. Met instemming heeft het College kennisgenomen van de aandacht die er bij dit wetsvoorstel is voor toegankelijke informatie (artikel 58rd, negende lid, onder c). Het is van blijvend belang dat de overheid, aanbieders in de genoemde niet-essentiële sectoren en onderwijsinstellingen duidelijk en op toegankelijke wijze communiceren over de situaties waarin een negatief testbewijs nodig is voor deelname. Bij toegankelijkheid gaat het volgens het VN-verdrag handicap om het betrekken van de communicatievoorkeuren van mensen met bijvoorbeeld visuele, auditieve of verstandelijke beperkingen. Dit kan bijvoorbeeld met NGT, visualisaties en audioboodschappen. Mensen met een beperking kunnen daarover, al dan niet via hun organisaties, het beste adviseren.

Tot slot staat de toelichting terecht stil bij de positie van studenten met een ondersteuningsvraag bij het fysiek aanbieden van beroeps- en wetenschappelijk onderwijs. Dit speelt bijvoorbeeld ook bij het stageonderwijs. Het College heeft vragen over de beschikbaarheid van onderwijs op afstand, ook nadat onderwijsinstellingen de deuren fysiek weer zullen kunnen openen door het gebruik van testbewijzen. Het College verzoekt de regering in de toelichting dan ook nader in te gaan op de situatie van studenten die in de risicogroepen vallen of zich vanwege hun beperking niet kunnen laten testen.