



Advies Raad van State inzake het voorstel van wet, houdende Wijziging van de Wet publieke gezondheid in verband met het stellen van tijdelijke regels over de inzet van testbewijzen bij de bestrijding van het virus SARS-CoV-2 (Tijdelijke wet testbewijzen covid-19)

Nader Rapport

16 april 2021
2344553-1006112-WJZ
Directie Wetgeving en Juridische Zaken

Aan de Koning

Nader rapport inzake het voorstel van wet, houdende Wijziging van de Wet publieke gezondheid in verband met het stellen van tijdelijke regels over de inzet van testbewijzen bij de bestrijding van het virus SARS-CoV-2 (Tijdelijke wet testbewijzen covid-19)

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 26 maart 2021, no. 2021000626, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 12 april 2021, no. W13.21.0094/III, bied ik U hierbij aan.

Naar aanleiding van het advies, dat hieronder cursief is opgenomen, wordt het volgende opgemerkt.

Bij Kabinetsmissive van 26 maart 2021, no. 2021000626, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, mede namens de Minister van Justitie en Veiligheid en de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet publieke gezondheid in verband met het stellen van tijdelijke regels over de inzet van testbewijzen bij de bestrijding van het virus SARS-CoV-2 (Tijdelijke wet testbewijzen covid-19), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel voorziet in een wijziging van de Wet publieke gezondheid (Wpg). De tijdelijke bepalingen in hoofdstuk Va van die wet worden uitgebreid met de mogelijkheid om bij het treffen van maatregelen ter bestrijding van de covid-19-epidemie, regels te kunnen stellen over het tonen van een testbewijs waaruit blijkt dat er op het moment van afname van de test geen besmetting was met het coronavirus SARS-CoV-2. De inzet van testbewijzen heeft als doel bij het tegengaan van de verspreiding van het coronavirus onderdelen van de samenleving te heropenen of geopend te houden.

De Afdeling advisering van de Raad van State acht het wetsvoorstel in de huidige omstandigheden gerechtvaardigd, gelet op het doel om zo snel als mogelijk op geordende wijze en met zo veel mogelijk draagvlak delen van de samenleving weer te 'openen'. Gezien de grote sociale en economische belangen die op het spel staan, kan het wetsvoorstel daaraan een belangrijke bijdrage leveren. Hoewel de Afdeling de strekking van het wetsvoorstel derhalve onderschrijft, is zij van oordeel dat een aantal aspecten daarvan in het wetsvoorstel dan wel in de toelichting moeten worden verduidelijkt of aangepast.

De Afdeling adviseert om de reikwijdte van het wetsvoorstel te verduidelijken, in het bijzonder als het gaat om de wijze van afbakening van de aan te wijzen (delen van) sectoren in de toelichting. Voorts adviseert zij nader in te gaan op de mogelijke effecten van het wetsvoorstel op andere dan de door de minister aangewezen sectoren. Ook adviseert de Afdeling meer helderheid te bieden over de beschikbaarheid van alternatieven voor degenen die geen gebruik willen of kunnen maken van testbewijzen. Zij adviseert tevens de doorberekening van de kosten voor het gebruik van testbewijzen in niet-essentiële sectoren nader te motiveren, en te bepalen dat de kosten voor de testbewijzen in het onderwijs voor rekening van de overheid blijven.

De Afdeling adviseert verder om van de uitzondering voor medewerkers van de plicht om een testbewijs te overleggen af te zien en om – ondanks de gewenste snelheid bij de totstandkoming van nadere regelgeving – meer dan in het voorliggende wetsvoorstel het geval is, recht te doen aan het



primaat van de wetgever. Dat is te meer van belang nu het wetsvoorstel raakt aan verschillende grondrechten. Mede met het oog daarop adviseert de Afdeling in het bijzonder de voorgestelde gelijkstelling van een vaccinatiebewijs of een medische (immunitets)verklaring met een testbewijs, te schrappen en zo nodig in een separaat wetsvoorstel te regelen. Ten slotte gaat de Afdeling in op aspecten van uitvoerbaarheid van het wetsvoorstel.

In verband met het voorgaande is aanpassing van het voorstel en de toelichting wenselijk.

1. Achtergrond en inhoud van het wetsvoorstel

a. Voorgestelde regeling

Sinds het begin van 2020 is sprake van een pandemie die wordt veroorzaakt door het coronavirus.¹ In Nederland zijn in snel tempo maatregelen genomen en dringende adviezen gegeven om verdere verspreiding van het virus tegen te gaan. Het gaat onder meer om het houden van anderhalve meter afstand, het vermijden van drukke plekken en het zo veel mogelijk thuis werken. Ook zijn verschillende voorzieningen gesloten, zoals (bepaalde) scholen, niet-essentiële winkels, horeca, musea, theaters, en (sport)evenementen. Gelet op de risico's die verspreiding van het virus met zich brengt zijn deze maatregelen noodzakelijk geacht, terwijl tegelijkertijd de breed gedragen wens leeft om de samenleving op onderdelen te heropenen of geopend te houden.

Met de inzet van wettelijk gereguleerde testbewijzen beoogt de regering die heropening in bepaalde sectoren gefaseerd mogelijk te maken. Aan de hand van een test kan de besmettelijkheid van een persoon worden vastgesteld en daarmee het risico dat hij of zij het coronavirus kan verspreiden. In verband met de heropening van de samenleving op onderdelen is een bewijs van een negatieve testuitslag dus een bruikbaar instrument. Het testbewijs kan ingevolge het wetsvoorstel uitsluitend worden verplicht om, afhankelijk van de epidemiologische situatie, maatregelen te versoepelen en sneller los te laten (bij het afschalen) of maatregelen minder ingrijpend te laten zijn en later in te voeren (bij het opschalen). Omdat de inzet van een testbewijs raakt aan diverse grondrechten, waaronder het recht op lichamelijke integriteit, het recht op privacy en het verbod op discriminatie, is een wettelijke basis vereist.

De inzet van testbewijzen is in beginsel alleen mogelijk voor de toegang tot voorzieningen die volgens de regering niet essentieel zijn. Daaronder worden sectoren begrepen die naar maatschappelijke opvattingen voor de deelnemers en gebruikers niet van primair belang zijn en niet voor een ieder toegankelijk behoren te zijn.² Hierbij gaat het blijkens het wetsvoorstel om de (limitatief) aangewezen terreinen van cultuur, evenementen, georganiseerde jeugdactiviteiten, horeca en sportactiviteiten. Het voorstel zelf bevat niet de verplichting tot het gebruik en het tonen van een testbewijs, maar biedt de grondslag voor een ministeriële regeling die daarin voorziet. Die ministeriële regeling preciseert de daadwerkelijke inzet van een testbewijs en de activiteiten en voorzieningen waarvoor dit gebeurt.

Op het uitgangspunt dat het testbewijs uitsluitend kan worden ingezet voor niet-essentiële sectoren wordt een uitzondering gemaakt voor het middelbaar beroepsonderwijs en hoger onderwijs. Het wetsvoorstel voorziet daartoe in een grondslag om (delen van) het middelbaar beroepsonderwijs en hoger onderwijs bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen. Deze mogelijkheid wordt gecreëerd om er met behulp van testbewijzen voor te zorgen dat aan meer studenten fysiek onderwijs kan worden gegeven.

b. Uitwerking in nadere regelgeving

Juist omdat nadere uitwerking van het wetsvoorstel nog grotendeels op een later moment zal moeten plaatsvinden, is het niet goed mogelijk om te overzien hoe het wetsvoorstel en de daarop gebaseerde ministeriële regeling(en) en algemene maatregelen van bestuur (amvb's) uiteindelijk concreet zullen uitpakken.

Zo staat in de toelichting dat de inzet van testbewijzen in niet-essentiële sectoren niet in één keer breed wordt geïntroduceerd in de sectoren die binnen de reikwijdte van het wetsvoorstel vallen, maar – mede gelet op de beschikbare testcapaciteit – gefaseerd wordt ingevoerd.³ De criteria aan de hand waarvan dit gebeurt, zijn niet in het wetsvoorstel opgenomen en staan evenmin in de toelichting

¹ Op 11 maart 2020 stelde de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO) officieel vast dat de uitbraak van het SARS-CoV-2 virus tot een pandemie heeft geleid.

² Memorie van toelichting, paragraaf 2.2. Met 'essentiële voorzieningen' worden die publieke en noodzakelijke voorzieningen bedoeld die zoveel mogelijk opengesteld moeten zijn om eenieder gelijke toegang te verschaffen.

³ Memorie van toelichting, paragraaf 5.1 en 5.2.



beschreven. Dat betekent dat vooralsnog onduidelijk is hoe die gefaseerde invoering vorm krijgt. Een voorbeeld kan dit verduidelijken.

Testbewijzen kunnen op grond van het wetsvoorstel onder meer in de horeca worden ingezet.⁴ Gefaseerde invoering brengt met zich dat die inzet niet in alle horeca-instellingen op hetzelfde moment zal worden geïntroduceerd, maar bijvoorbeeld eerst in alle restaurants en pas later in alle cafés. De vraag rijst dan in hoeverre cafés en restaurants steeds goed te onderscheiden zijn. Fasering kan ook plaatsvinden door niet in alle restaurants (meteen) met testbewijzen te gaan werken, maar eerst in een deel ervan.

Het voorgaande impliceert dat bij de nadere uitwerking hoe dan ook een selectie moet worden gemaakt. Onduidelijk is evenwel hoe die selectie zal plaatsvinden. Evenmin is duidelijk wat zo'n selectie vervolgens betekent voor de restaurants die niet (meteen) in aanmerking komen voor de inzet van testbewijzen. Mogen zij – gelet op de alternatieven die omwille van gelijke toegang idealiter worden geboden⁵ – open als zij andere, verdergaande corona-gerelateerde maatregelen in acht nemen, bijvoorbeeld het houden van 1,5 meter afstand? En mogen ook zij in het kader van hun toelatingsbeleid een testbewijs verlangen, hoewel ze door de minister (nog) niet zijn aangewezen in verband met toelaatbare inzet van testbewijzen? In dit verband is tevens relevant dat de kosten van de inzet van testbewijzen ná april 2021 in principe worden doorberekend aan de (deel)sectoren.⁶ Worden de kosten voor de inzet van testbewijs dan alleen toegerekend aan die restaurants die door de minister zijn aangewezen als locatie waar testbewijzen kunnen worden ingezet, of aan alle restaurants, of aan de horecasector als geheel?

Soortgelijke vraagpunten doen zich niet alleen voor bij de overige niet-essentiële sectoren, maar ook bij de inzet van testbewijzen in (delen van) het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs.

Het wetsvoorstel leidt aldus tot een aantal met elkaar samenhangende vragen. Deze zal de Afdeling hierna adresseren.

2. Regulering van privaatrechtelijke verhoudingen

a. Inleiding

Het voorstel regelt dat bij wet sectoren worden aangewezen waarvoor een negatieve testuitslag noodzakelijk is voor de toegang. Gefaseerde invoering van de inzet van testbewijzen in niet-essentiële sectoren kan met zich brengen dat er binnen die sectoren ook voorzieningen niet (meteen) in de ministeriële regeling worden aangewezen. Daarnaast valt een groot aantal sectoren geheel buiten de reikwijdte van het wetsvoorstel, zoals detailhandel, dienstverlening en uiterlijke verzorging.

Van belang voor de nadere uitwerking zijn de criteria om te bepalen welke sectoren in het wetsvoorstel zijn aangewezen. Het gaat om globaal geformuleerde criteria. Volgens de toelichting gaat het om sectoren 'die naar maatschappelijke opvattingen voor de deelnemers onderscheidenlijk gebruikers niet van primair belang zijn en niet voor eenieder toegankelijk behoren te zijn'. Ook noemt de toelichting dat onder de reikwijdte van dit voorstel activiteiten en voorzieningen zijn gebracht die als gevolg van de maatregelen ter bestrijding van de epidemie aan strenge beperkingen onderhevig zijn of gesloten zijn. Het betreft voorts, aldus de toelichting, sectoren die vanuit economisch oogpunt van belang zijn en bijdragen aan het welzijn.⁷

Met de voorgestelde maatregel intervenueert de wetgever in vergaande mate in privaatrechtelijke verhoudingen. De Afdeling acht dat onder de huidige omstandigheden gerechtvaardigd, gelet op het doel om zo snel en verantwoord als mogelijk op geordende wijze en met zo veel mogelijk draagvlak delen van de samenleving weer te 'openen'. Gelet op de grote sociale en economische belangen die op het spel staan, kan het wetsvoorstel daaraan een belangrijke bijdrage leveren. Voorts speelt hierbij een rol dat, zoals de toelichting ook aangeeft, de beperking van de in het geding zijnde grondrechten (zie hiervoor punt 1a) door de inzet van testbewijzen relatief gering is. Het gaat om het laten uitvoeren van een test en het laten zien van een testbewijs. Daarmee krijgt de burger toegang tot niet-essentiële voorzieningen die op dit moment voor hem nog niet of maar zeer beperkt toegankelijk zijn.

Het voorgaande laat echter onverlet dat het wetsvoorstel, mede gelet op de privaatrechtelijke

⁴ Voorgesteld artikel 58ra, eerste lid, onder d, van de Wet publieke gezondheid. Vergelijkbare voorbeelden zijn ook te geven ten aanzien van de andere segmenten die in het eerste lid worden genoemd. Zo kennen sport- en culturele activiteiten een grote verscheidenheid, net als evenementen en jeugdactiviteiten.

⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2 en 4.1.

⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 7.

⁷ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2.

verhoudingen waarin het intervenueert, een aantal vragen oproept. Deze hebben betrekking op de afbakening van de sectoren (onderdeel b) en op de juridische gevolgen van die afbakening voor andere dan de op grond van de wet aangewezen sectoren (onderdeel c).

b. Selectiecriteria voor nadere afbakening

Zoals ook al in punt 1b naar voren kwam, is de vraag welke criteria worden toegepast om de maatschappij (mede) met behulp van testbewijzen gefaseerd te heropenen. Het gaat daarbij om de vraag hoe sectoren helder van elkaar kunnen worden afgebakend. Dit betreft zowel (i) de vraag in welke sectoren (inclusief de sectoren die vallen buiten het wetsvoorstel) uiteindelijk de inzet van testbewijzen van toepassing is of kan zijn (zie hierna ook punt c), als (ii) de vraag welke selectiecriteria binnen het wetsvoorstel worden gehanteerd voor het openen van delen van de in de wet geregelde sectoren. De Afdeling merkt hierover achtereenvolgens het volgende op.

Hoewel de Afdeling de keuze voor de categorieën niet-essentiële voorzieningen die in het wetsvoorstel worden onderscheiden op zichzelf begrijpelijk en verdedigbaar acht, rijst de vraag hoe zal worden omgegaan met activiteiten en voorzieningen die zich op het grensvlak van een aangewezen en een (nog) niet-aangewezen sector bevinden, zoals bijvoorbeeld een lunchroom in een boekhandel. Een heldere afbakening is hier van belang, mede omdat diverse, niet-essentiële voorzieningen geheel buiten het wetsvoorstel vallen en dus niet in een later stadium op grond van deze wet alsnog kunnen worden aangewezen. Daarbij merkt de Afdeling op dat de hiervoor, in punt 2a uit de toelichting geciteerde criteria vanwege hun globale karakter voor deze afbakening waarschijnlijk moeilijk hanteerbaar zullen blijken en in de praktijk tot de nodige vragen kunnen leiden.

Met betrekking tot de tweede vraag, naar de selectiecriteria voor de aanwijzing van delen van binnen het wetsvoorstel vallende sectoren, worden in de toelichting enkele voorbeelden aangehaald. Zo wordt onder meer aangegeven dat georganiseerde jeugdactiviteiten⁸ vooral op oudere jeugd gericht zijn, omdat de toepasselijkheid van wettelijke maatregelen vaak begrensd wordt op een leeftijd van 13 jaar. Bij het al dan niet aanwijzen van sportactiviteiten⁹ kan bij de selectie ook de mogelijke aanwezigheid van publiek een rol spelen.

Het kan voorkomen dat activiteiten en voorzieningen zich op het grensvlak van een aangewezen en een niet-aangewezen sector bevinden. Een heldere afbakening, maar ook het stellen van bepaalde eisen aan de inzet van het testbewijs kunnen helpen hier duidelijkheid in te verschaffen. Mede daarom worden bij het selecteren van (deel)sectoren bepaalde criteria gehanteerd met het oog op de handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid van de inzet van het testbewijs. Zo dient de activiteit of voorziening waartoe met het testbewijs toegang wordt verschaft een duidelijk afgebakende ruimte of gebied te beslaan waarvan de toegang daartoe goed controleerbaar is. Er moet dus sprake zijn van de mogelijkheid tot toegangscontrole. Dit maakt controle om toegang tot de activiteit of voorziening te voorkomen voor personen zonder een geldig testbewijs en het toezicht daarop beter uitvoerbaar. Voorts dient de locatie waar met testbewijzen toegang toe zal worden verschaft, indien er sprake is van twee of meerdere functies, fysiek onderscheid te maken tussen deze twee functies en moet voor de functie waar het testbewijs is voorgeschreven een toegangscontrole worden gehanteerd.

ONDANKS DEZE VOORBEELDEN IN DE TOELICHTING BLIJVEN VEEL VRAGEN ONBEANTWOORD. VERSCHILLENDE OPTIES ZIJN BIJ DE NADERE UITWERKING DENKBAAR. ZO KAN GEFASEERDE INVOERING ENERZIJD ONDERSCHEID MAKEN TUSSEN DE VERSCHILLENDE CATEGORIEËN BINNEN EEN SECTOR, ZOALS FASTFOOD, NACHTCLUBS, CAFÉS, RESTAURANTS ETC. BINNEN DE SECTOR HORECA; DEZE ZIJN OP ZICHZELF AL VAAK NIET Helder AF TE BAKENEN. ANDERZIJD MAAKT HET WETSVORSTEL HET MOGELIJK ONDERSCHEID TE MAKEN BINNEN DE IN HET WETSVORSTEL GENOEMDE CATEGORIEËN; DIT KAN BIJVOORBEELD TOT GEVOLG HEBBEN DAT VOOR DE TOEGANG TOT BEPAALDE RESTAURANTS EEN TESTBEWIJS IS VEREIST, TERWIJL DIT VOOR NIET-AANGEGEZEN RESTAURANTS (NOG) NIET HET GEVAL IS (OF NIET-AANGEGEZEN RESTAURANTS SIMPELWEG NIET OPEN MOGEN ZIJN). OP GROND VAN WELKE CRITERIA EEN SELECTIE WORDT GEMAAKT BLIJFT IN DE TOELICHTING ONDUIDELIJK, MET UITZONDERING VAN DE OP EEN BEPAALD MOMENT BESCHIKBARE TESTCAPACITEIT.

Het maken van onderscheid zal hoofdzakelijk gebeuren tussen de verschillende categorieën binnen een sector en in beperktere mate binnen deze categorieën. Hoewel deze niet altijd volledig helder zijn af te bakenen, zal hierbij worden aangesloten bij het onderscheid dat wordt gemaakt in hoofdstuk Va Wpg en de Trm. Onderscheid binnen categorieën zal alleen plaatsvinden met het oog op de uitvoerbaarheid en de handhaafbaarheid zoals hierboven genoemd, bijvoorbeeld met betrekking tot de afbakening en de mogelijkheid voor toegangscontrole.

⁸ Voorgesteld artikel 58ra, eerste lid, onderdeel c, van de Wet publieke gezondheid.

⁹ Voorgesteld artikel 58ra, eerste lid, onderdeel e, van de Wet publieke gezondheid.

De Afdeling adviseert in het licht van het voorgaande de selectiecriteria in de toelichting zo veel mogelijk nader te verduidelijken.

De memorie van toelichting is in bovenbeschreven zin aangevuld.

c. Verschillende juridische regimes?

In het voorbeeld in punt 1b is reeds de vraag aangestipt wat de juridische gevolgen zijn van de aanwijzing van (delen van) sectoren op grond van de wet voor (delen van) de sectoren die (nog) niet zijn aangewezen dan wel geheel buiten de reikwijdte van het wetsvoorstel vallen. Deze gevolgen hangen af van het antwoord op de vraag welke coronaregels van toepassing zullen zijn op die laatstgenoemde categorieën.

Daarbij zijn grofweg twee modellen denkbaar. In de eerste plaats is dat een model waarbij niet-essentiële voorzieningen ófwel door de minister zijn aangewezen (en dus hun deuren mogen openen voor degenen die een negatief testbewijs overleggen), ófwel tot nader order gesloten moeten blijven. Dit is in juridisch-technische zin het eenvoudigste model. Er is echter met het oog op de maatschappelijke wens om delen van de samenleving sneller te openen, ook een meer gedifferentieerd model denkbaar: er is sprake van een generieke openstelling, waarbij toegang tot de door de minister aangewezen (delen van) sectoren slechts mogelijk is met een negatief testbewijs,¹⁰ terwijl toegang tot de niet-aangewezen en/of niet in de wet genoemde sectoren (zoals bijvoorbeeld de detailhandel of dienstverlening) kan plaatsvinden met inachtneming van andere – verdergaande – corona-gerelateerde maatregelen (bijvoorbeeld de afstandseis of het gebruik van mondkapjes).

Indien gekozen wordt voor dit laatste model, rijst de vraag in hoeverre ook in andere dan de door de minister aangewezen sectoren een toelatingsbeleid kan worden gevoerd waarbij van bezoekers een negatief testbewijs wordt verlangd.¹¹ De toelichting bij het wetsvoorstel is hierover niet eenduidig. Enerzijds wordt daarin gesteld dat het wetsvoorstel géén gevolgen heeft voor de mogelijkheid om onverplicht een testbewijs of testuitslag te vragen wanneer dat niet wettelijk verplicht is.¹² Er is immers geen wettelijke grondslag nodig om een toelatingsbeleid te voeren en op basis daarvan klanten of bezoekers te weigeren, binnen de grenzen van de wet. In beginsel kan dan een testuitslag of een testbewijs worden verlangd, aldus de toelichting; bij het enkel tonen en lezen van een testuitslag vindt geen verwerking van persoonsgegevens plaats.¹³

Anderzijds echter staat in de toelichting dat in veel gevallen geen ruimte zal zijn voor zogenoemd onverplicht toelatingsbeleid, omdat geen sprake is van 'vrijelijk gegeven toestemming' in de zin van de AVG.¹⁴ Dit geldt volgens de regering te meer naarmate meer organisaties een toelatingsbeleid gaan voeren. De ruimte voor vrije keuze en dus de ruimte voor het voeren van onverplicht toelatingsbeleid neemt dan steeds verder af, aldus de toelichting. Daarbij lijkt te worden verondersteld dat in de praktijk niet alleen sprake zal zijn van alleen het tonen en lezen van de testuitslag maar ook van het registreren daarvan; alleen in geval van verwerking van persoonsgegevens immers zal de AVG van toepassing zijn en daarmee de daarin vastgelegde toestemmingseis relevant zijn. Maar waarom de praktijk registratie zou vereisen, blijkt niet uit de toelichting.

De Afdeling merkt op dat er in een privaatrechtelijke verhouding in beginsel¹⁵ van moet worden uitgegaan dat ondernemers een onverplicht toelatingsbeleid mogen voeren, mits dat gebeurt binnen wettelijke grenzen (zoals de Algemene wet gelijke behandeling). Als enkel gevraagd wordt een testbewijs of testuitslag te tonen en er dus geen sprake is van verwerking van (bijzondere) persoonsgegevens, is een wettelijke grondslag hiervoor niet vereist. Of de suggestie in de toelichting dat daaraan geen brede behoefte zal bestaan¹⁶ juist is, is de vraag. Als het voeren van een dergelijk toelatingsbeleid bijvoorbeeld zou kunnen betekenen dat er méér mensen kunnen worden toegelaten omdat andere corona-gerelateerde maatregelen minder of niet meer nodig zijn, zou dat voor ondernemers een aantrekkelijke optie kunnen zijn. Ook zou een motief om uit eigen beweging een testbewijs te vragen, kunnen zijn dat daarmee de gezondheid van klanten en van medewerkers beter kan worden gewaarborgd.

¹⁰ Uit de memorie van toelichting blijkt niet of dit ook betekent dat in die sectoren één of meer bestaande coronamaatregelen kunnen worden losgelaten.

¹¹ De vraag wat een bevestigende beantwoording van die vraag betekent voor de verplichting om al dan niet te voldoen aan andere corona-gerelateerde maatregelen, blijft hier verder buiten beschouwing.

¹² Mits uiteraard daardoor geen verboden onderscheid wordt gemaakt, waartoe wordt verwezen naar artikel 7 van de Algemene wet gelijke behandeling.

¹³ Memorie van toelichting, paragraaf 3.

¹⁴ Artikel 7 van de AVG; memorie van toelichting, paragraaf 3 en 9.2.

¹⁵ Daarbij gelden de algemene privaatrechtelijke eisen van redelijkheid en billijkheid en maatschappelijke zorgvuldigheid.

¹⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 9.2.

Het voorgaande roept de vraag op naar de mogelijkheid en wenselijkheid van het naast elkaar bestaan van verschillende juridische regimes; enerzijds het wettelijke regime voor (delen van) sectoren die in een ministeriële regeling zijn aangewezen en anderzijds het algemene privaatrechtelijke regime voor voorzieningen die (nog) niet door minister zijn aangewezen of überhaupt buiten de reikwijdte van het wetsvoorstel vallen. Onduidelijk is hoe deze verschillende regimes zich tot elkaar verhouden en in hoeverre zij uiteindelijk kunnen leiden tot substantieel verschillende uitkomsten. Deze onhelderheid kan worden voorkomen door het voeren van een toelatingsbeleid met testbewijzen te verbieden, tenzij dit bij of krachtens de voorgestelde wet wordt verplicht. Deze optie heeft echter als nadeel dat het de vrijheid van ondernemingen en instellingen aanzienlijk inperkt.¹⁷ Gelet op het voorgaande verdienen de pro- en contra-argumenten van een dergelijk verbod nadere overweging.

De Afdeling adviseert in het licht van het voorgaande de toelichting op dit punt te verhelderen en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is in de toelichting verhelderd waarom gekozen is voor een model waarin wettelijk voorgeschreven testbewijzen en het onverplicht gebruik van testbewijzen naast elkaar bestaan. Hierbij is essentieel dat het voeren van een onverplicht toelatingsbeleid niet tot gevolg heeft dat andere corona-gerelateerde maatregelen niet meer zouden gelden. Deze maatregelen mogen niet opzij gezet worden, waardoor onverplicht toelatingsbeleid een verzwaring betekent ten opzichte van de geldende maatregelen. Dit, gecombineerd met andere wettelijke kaders, bijvoorbeeld ten aanzien van de verwerking van persoonsgegevens die – ook zonder verdere registratie – plaatsvindt bij het gebruik van de door de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport beschikbaar gestelde applicaties voor het tonen en lezen van testbewijzen, maakt dat de inzet van onverplicht toelatingsbeleid naar verwachting beperkt zal blijven.

3. Gelijke toegang, non-discriminatie en alternatieven

a. Inleiding

De Minister van VWS heeft de Gezondheidsraad gevraagd om een advies over de voorwaarden waaronder een testbewijs ethisch en juridisch verantwoord kan worden ingezet bij de toegang tot onder meer de horeca en onderwijsinstellingen. In zijn advies heeft de Gezondheidsraad een ethisch-juridisch kader opgesteld met voorwaarden waaraan in dat verband moet worden voldaan.¹⁸ De regering heeft het advies van de Gezondheidsraad overgenomen en de voorwaarden, ontleend aan het kader van de Gezondheidsraad, opgenomen in één van de voorgestelde bepalingen.¹⁹

Eén van de voorwaarden die de Gezondheidsraad in zijn advies stelt, is dat iedereen gelijke (financiële) toegang tot testmogelijkheden en testbewijzen moet hebben. Voorts mag het beleid van de overheid niet tot discriminatie leiden.²⁰ In de toelichting bij het voorstel wordt hierop nader ingegaan, mede naar aanleiding van verschillende reacties op de consultatieversie van het wetsvoorstel.

Zo zal de testcapaciteit laagdrempelig worden gerealiseerd, zodat iedereen evenveel mogelijkheden heeft om zich te laten testen, en zijn er geen directe kosten verbonden aan het laten uitvoeren van de test.²¹ Verder vermeldt de toelichting dat bij de uitwerking van de ministeriële regelingen op grond van dit voorstel, steeds zal worden getoetst of de inzet van testbewijzen als maatregel proportioneel en subsidiair is. Als gevolg daarvan zal het testbewijs enkel worden ingezet als minder ingrijpende maatregel om toegang tot bepaalde activiteiten of voorzieningen mogelijk te maken, en daardoor bepaalde sectoren van de samenleving eerder te heropenen.²² Gelijke toegang en voorkoming van discriminatie kunnen voorts mede worden gerealiseerd door goede alternatieven te bieden voor degenen die geen testbewijs kunnen of willen tonen, aldus de toelichting.²³

Hoewel de Afdeling in principe onderschrijft dat er sprake moet zijn van gelijke toegang en het voorkomen van discriminatie, heeft zij enkele vragen die betrekking hebben op de wijze waarop deze concreet moeten worden uitgewerkt.

¹⁷ De mogelijkheid van een wettelijk verbod wordt in de toelichting (par. 9.2) in reactie op de consultatie afgewezen maar dit is gebaseerd op argumenten die in dit advies juist ter discussie worden gesteld.

¹⁸ Gezondheidsraad, Testbewijzen voor SARS-CoV-2: ethische en juridische voorwaarden, 14 januari 2020, nr. 2021/02.

¹⁹ Voorgesteld artikel 58rb van de Wet op de publieke gezondheid. Zie nader punt 5a voor de verhouding tussen dit voorgestelde artikel en artikel 58b van de Wet publieke gezondheid.

²⁰ Vergelijk voorgesteld artikel 58rb, onder f, van de Wet publieke gezondheid.

²¹ Memorie van toelichting, paragraaf 4.1.

²² Artikel 58b van de Wet publieke gezondheid, memorie van toelichting, paragraaf 4.1.

²³ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2.

b. Doorberekening kosten aan (deel)sectoren

In de toelichting staat dat de kosten van de inzet van testbewijzen tot en met april 2021 volledig door de Rijksoverheid zullen worden gedragen. Daarna worden de kosten van de testcapaciteit voor de niet-essentiële voorzieningen in principe toegerekend aan de (deel)sectoren waar testbewijzen worden ingezet op basis van het profijtbeginsel.²⁴ Die kosten worden geraamd rond de 700 miljoen euro, uitgaande van een maximale inzet van de beschikbare testcapaciteit voor een periode van vijf maanden.²⁵

De Afdeling wijst erop dat toerekening van de kosten aan de niet-essentiële (deel)sectoren waar testbewijzen worden ingezet, er mogelijk toe zal leiden dat deze kosten door die (deel)sectoren zullen worden doorberekend aan de gebruikers van de betreffende voorzieningen.²⁶ De kosten van de inzet van testbewijzen komen op die manier – indirect – alsnog terecht bij de gebruikers. De vraag is of dit gewenst is, juist omwille van de door de regering zelf gehanteerde uitgangspunten van gelijke toegang en non-discriminatie (zie punt 3a).

Voorts kan doorberekening van de kosten van de testcapaciteit ertoe leiden dat delen van de sector waar op grond van de ministeriële regeling testbewijzen verplicht worden ingezet, daarvoor moeten betalen, terwijl delen die op eigen initiatief een testbewijs verlangen (zie punt 2c) op grond van het wetsvoorstel niet met de doorberekening van kosten lijken te worden geconfronteerd. Met het oog daarop is het ook de vraag of, daar waar het gaat om overheidsmaatregelen die grondrechtelijke vrijheden sterk hebben ingeperkt, het proportioneel is om de kosten van versoepeling daarvan aan burgers en bedrijven door te berekenen.

In het kader van de essentiële voorzieningen – het middelbaar beroeps- en het hoger onderwijs – vermeldt de toelichting dat de instellingen moeten zorgen voor laagdrempelige testvoorzieningen voor studenten. Dat betekent in ieder geval dat het testen voor studenten kosteloos moet zijn. Dit lijkt te impliceren dat de kosten voor het testen voor rekening van de onderwijsinstellingen komen.²⁷ Het valt de Afdeling op dat hierop in de toelichting niet wordt ingegaan. In dat verband merkt de Afdeling op dat doorberekening van de kosten voor het testen zeer onwenselijk is, nu hier sprake is van essentiële voorzieningen. Bovendien is niet in te zien hoe het profijtbeginsel op onderwijsinstellingen van toepassing zou zijn.

Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling om de kosten van de testcapaciteit in elk geval niet aan de door het wetsvoorstel bestreken onderwijssectoren door te berekenen. Voor zover het gaat om de andere door het wetsvoorstel bestreken sectoren adviseert de Afdeling de mogelijke doorberekening van de kosten alsnog dragend te motiveren. Indien dat niet mogelijk is, adviseert de Afdeling van de doorberekening af te zien.

De regering ziet voor zich dat de kosten van de inzet van testbewijzen ook nog tot en met juni 2021 volledig en daarna grotendeels door de Rijksoverheid zullen worden gedragen. Vanaf 1 juli 2021 zal uit hoofde van het profijtbeginsel een beperkte bijdrage gevraagd worden voor het testen teneinde met een testbewijs toegang te verkrijgen tot niet-essentiële sectoren. In de memorie van toelichting wordt dit geconcretiseerd en nader uiteen gezet.

c. Beschikbaarheid van alternatieven in niet-essentiële sectoren

Hiervoor is al aangegeven dat gelijke toegang en non-discriminatie volgens de regering mede kunnen worden gerealiseerd door goede alternatieven te bieden voor degenen die geen testbewijs kunnen of willen tonen.²⁸ Bij de daadwerkelijke inzet van testbewijzen zullen daarom mogelijke alternatieven voor mensen die zich niet kunnen of willen laten testen, maar wel gebruik willen maken van de als niet-essentieel bestempelde voorzieningen, tegen het licht worden gehouden, zo blijkt uit de toelichting. In dit verband worden als mogelijkheden genoemd de deelname aan activiteiten of de toegang

²⁴ De vraag rijst overigens in hoeverre in gevallen als deze sprake is van doorberekening van kosten op grond van het profijtbeginsel. Dat beginsel impliceert immers dat wie profijt heeft, betaalt. De sectoren die worden aangewezen voor de inzet van testbewijzen hebben hiervan echter in wezen geen profijt; eerder is het zo dat zeer beperkende overheidsmaatregelen (sluiting) worden gewijzigd in minder beperkende overheidsmaatregelen (opening onder voorwaarden).

²⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 7.

²⁶ Vergelijk ook het advies van de SER, Veilig en versneld open met verantwoord testbeleid, maart 2021, p. 13-14, waarin wordt geadviseerd de kosten van testen en testbewijzen volledig voor rekening van de overheid te laten, zonder doorberekening aan burgers of bedrijven. Het testen ten behoeve van toegang tot maatschappelijk verkeer wordt aangemerkt als een collectief goed. Onder meer KHN, de KNVB, MKB Nederland, NOC-NSF en VNO-NCW geven in hun reactie op de consultatieversie van het wetsvoorstel te kennen dat de kosten van het testbewijs niet op de gebruiker verhaald mogen worden, om ongelijkheid te voorkomen.

²⁷ Memorie van toelichting, paragraaf 2.3.

²⁸ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2.

tot voorzieningen met inachtneming van de huidige geldende maatregelen.²⁹

In de toelichting wordt echter ook gesteld dat de keuze van de regering voor de verplichte inzet van testbewijzen voor niet-essentiële sectoren gestoeld is op de omstandigheid dat participatie in die gevallen in hoge mate een vrije keuze is: als iemand niet wenst deel te nemen, zijn daaraan geen verstrekkende consequenties verbonden en heeft dat geen gevolgen voor diens rechtspositie.³⁰ Dit doet de vraag rijzen in hoeverre in niet-essentiële sectoren sprake zal kunnen en moeten zijn van reële alternatieven anders dan dat betrokkene, zo lang de toepasselijke ministeriële regeling geldt, geen enkel gebruik kan maken van de niet-essentiële voorziening.

De Afdeling adviseert op het voorgaande in de toelichting nader in te gaan, mede in het licht van de hiervoor in punt 2c gemaakte opmerking.

Naar aanleiding van dit advies is de memorie van toelichting aangepast om eenduidig kenbaar te maken dat in niet-essentiële sectoren de beschikbaarheid van alternatieven voor mensen die zich niet willen of kunnen laten testen wenselijk is, maar niet vereist voor de inzet van testbewijzen.

d. Beschikbaarheid van alternatieven in het onderwijs

Het wetsvoorstel biedt een grondslag om bij amvb (delen van) het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs aan te wijzen. Het doel hiervan is om er met behulp van testbewijzen voor te zorgen dat aan meer studenten fysiek onderwijs kan worden gegeven.³¹ De inzet van testbewijzen in het onderwijs komt volgens de toelichting pas aan de orde als is gebleken dat andere maatregelen een onaanvaardbaar tekort aan fysiek onderwijs niet kunnen wegnemen.

In de toelichting staat voorts dat in het middelbaar beroepsonderwijs en in het hoger onderwijs pilots lopen om alternatieven te vinden voor meer fysiek onderwijs en een inschatting te maken van de testbereidheid onder studenten.³² Als daaruit blijkt dat significante opschaling van fysiek onderwijs op een andere, minder ingrijpende wijze kan worden gerealiseerd dan door de verplichte inzet van testbewijzen, dan geeft de regering daaraan de voorkeur.³³ Worden desondanks (delen van) het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs aangewezen als sectoren waar testbewijzen kunnen worden verplicht, dan leidt dat ertoe dat onderwijsinstellingen in lagere regelgeving nader in te vullen verplichtingen opgelegd krijgen. Deze hebben betrekking op enerzijds de beschikbaarheid van een laagdrempelige testvoorziening voor studenten en anderzijds de toegankelijkheid van het onderwijs voor studenten die geen testbewijs wil of kan tonen, aldus de toelichting.³⁴

De gevolgen van deze randvoorwaarden voor studenten en instellingen blijken niet voldoende eenduidig uit de toelichting. Het gebruik van de term ‘verplichte testbewijzen’ in de toelichting lijkt te impliceren dat alle studenten die fysiek onderwijs willen volgen, zich vooraf verplicht moeten laten testen en dat – als logisch gevolg daarvan – onderwijsinstellingen een negatief testbewijs kunnen vereisen voor de deelname aan fysiek onderwijs. Studenten die zich niet kunnen of willen laten testen zijn in dat geval in beginsel aangewezen op digitaal onderwijs.

Toch is het de vraag of dit laatste is wat de regering voor ogen heeft. Zij stelt in de toelichting dat als uitgangspunt heeft te gelden dat niet enkel het bezit van een negatief testbewijs bepalend is voor de vraag of een student fysiek of online onderwijs volgt.³⁵ Van instellingen wordt op dit punt een zorgvuldige belangenafweging verwacht; zij dienen binnen hun capaciteiten en mogelijkheden inspanningen te plegen en afwegingen te maken om tot een goede verdeling te komen van de beschikbare capaciteit voor het geven van fysiek onderwijs. De testbereidheid van studenten is daarbij niet doorslaggevend; wel is gewenst dat de beoogde significante opschaling van fysiek onderwijs plaatsvindt, aldus de toelichting.³⁶

De laatstgenoemde passages in de toelichting kunnen de indruk wekken dat onderwijsinstellingen onder omstandigheden kunnen worden verplicht om óók fysiek onderwijs te verzorgen voor studenten die zich niet kunnen of willen laten testen. De Afdeling acht meer duidelijkheid hier noodzakelijk. Weliswaar staat het onderwijsinstellingen vrij om tot het aanbieden van fysiek onderwijs over te gaan

²⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 4.1.

³⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2.

³¹ Voorgesteld artikel 58ra, tweede lid, van de Wet publieke gezondheid.

³² Memorie van toelichting, paragraaf 2.3.

³³ De term ‘significante’ wordt in de toelichting overigens niet nader gedefinieerd, waardoor onhelder is wat precies met een ‘significante opschaling’ wordt bedoeld. Gaat het hier om statistische significantie?

³⁴ Memorie van toelichting, paragraaf 2.3.

³⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 3.

³⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 2.3, paragraaf 9.3.

als zij hiervoor de mensen en middelen beschikbaar hebben, maar omdat dat niet steeds het geval zal zijn, acht de Afdeling het opleggen van een verplichting daartoe ongewenst.

De Afdeling adviseert de toelichting in de hiervoor bedoelde zin aan te passen.

Naar aanleiding van dit advies is de memorie van toelichting aangepast om eenduidig kenbaar te maken dat fysiek onderwijs niet uitsluitend gegeven zal worden aan studenten met een geldig testbewijs. Ook voor studenten zonder testbewijs moet toegang zijn tot het onderwijs. Daarom dient er een alternatief te zijn voor het onderwijs dat alleen met een testbewijs toegankelijk is. Dit kan zowel een fysiek alternatief zijn, met inachtneming van de geldende maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19, als een online alternatief.

4. Uitzondering voor medewerkers

Het wetsvoorstel voorziet in een uitzondering voor personen die beroeps- of bedrijfsmatig werkzaamheden verrichten in niet-essentiële sectoren en in het onderwijs.³⁷ Zij kunnen als gevolg hiervan niet worden verplicht een testbewijs te tonen. De regering stelt dat het wettelijk verplichten van een testbewijs voor medewerkers een onwenselijke en te ingrijpende maatregel zou zijn.³⁸ De redenen hiervoor zijn blijken de toelichting gelegen in de afhankelijkheidsrelatie tussen werkgever enerzijds en medewerker anderzijds, de consequenties voor de medewerker die geen testbewijs kan of wil tonen, de inbreuk op de privacy en de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam van de medewerker en de doorbreking van het medisch beroepsgeheim.³⁹

De Afdeling wijst erop dat werkgevers zijn gehouden om de veiligheid en gezondheid van de medewerkers te beschermen.⁴⁰ Juist vanwege de afhankelijkheid ten opzichte van hun werkgevers kunnen medewerkers zich niet onttrekken aan het werken in een potentieel gevaarlijke omgeving vanwege de aanwezigheid van collega's die mogelijk besmet zijn als medewerkers niet óók worden verplicht een testbewijs te tonen. Bovendien is de ontheffing van de testbewijsplicht voor medewerkers veelal problematisch vanwege het risico voor deelnemers en cliënten.

Gelet daarop en met het oog op het doel van het wetsvoorstel acht de Afdeling het onwenselijk dat medewerkers in de aangewezen (deel)sectoren van de verplichting tot het overleggen van een testbewijs worden uitgezonderd. Nu het oogmerk van de inzet van testbewijzen is om onderdelen van de samenleving te heropenen of geopend te houden bij het tegengaan van de verspreiding van het corona-virus, is het essentieel dat in de aangewezen (deel)sectoren in beginsel ook iedereen die zich in de betreffende omgeving bevindt, over een negatief testbewijs beschikt. Het uitzonderen van medewerkers in die (deel)sectoren zet de effectiviteit van het voorgestelde systeem op losse schroeven en ondermijnt daarmee het doel van het wetsvoorstel. Daarbij neemt de Afdeling in aanmerking dat een wettelijke verplichting voor medewerkers gelet op de bijzondere omstandigheden vermoedelijk slechts voor een beperkte periode zal gelden.

De Afdeling adviseert in het licht van het voorgaande van de voorgestelde uitzondering van het tonen van een testbewijs voor medewerkers in aangewezen (deel)sectoren – inclusief het onderwijs – af te zien.

Voor medewerkers weegt een testverplichting zwaarder dan voor deelnemers aan activiteiten of gebruikers van voorzieningen, aangezien het directe consequenties heeft voor het kunnen verrichten van hun werk en mogelijk zelfs voor het verwerven van inkomsten, alsmede omdat zij zich in veel gevallen vaker zouden moeten laten testen. Medewerkers zal worden geadviseerd zich te laten testen, maar het opleggen van een verplichting voert te ver. Voor het overige zullen werkgevers overeenkomstig hun zorgplicht met andere, minder ingrijpende middelen het risico op besmetting met het coronavirus voor medewerkers beperken. Dit is ook nodig omdat de werknemers – zoals de Afdeling terecht aangeeft in het advies – zich niet zomaar kunnen onttrekken aan het werken in een potentieel gevaarlijke omgeving. Daarbij weegt mee dat een negatief testbewijs niet betekent dat er geen potentieel gevaarlijke omgeving is. Ook met een negatief testbewijs en zonder andere maatregelen zouden medewerkers, bezoekers en klanten elkaar kunnen besmetten.

Dat er aldus twee regimes zijn voor deelnemers en bezoekers enerzijds en medewerkers anderzijds,

³⁷ Voorgesteld artikel 58ra, zesde lid, van de Wet publieke gezondheid.

³⁸ Onder 'medewerkers' wordt in dit verband verstaan 'mensen op de werkvloer'. Het gaat in voorkomende gevallen om werknemers, uitzendkrachten, gedetacheerden, zzp'ers (al gaat het argument van de afhankelijkheidsrelatie daar niet op) en vergelijkbare medewerkers.

³⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2.

⁴⁰ Artikel 3, eerste lid, onder a, van de Arbeidsomstandighedenwet, (tenzij dit redelijkerwijs niet kan worden gevergd); artikel 3.2a van het Arbeidsomstandighedenbesluit; artikel 7:658, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek.

betekent echter niet dat de effectiviteit van het voorgestelde systeem op losse schroeven komt te staan. Het blijft van belang om het risico te voorkomen dat medewerkers het virus verspreiden onder deelnemers aan activiteiten of bezoekers van voorzieningen. En andersom behoren medewerkers te worden beschermd tegen het risico dat een deelnemer of bezoeker, ondanks een negatief testbewijs, toch besmet is met het coronavirus en geen maatregelen neemt om besmetting te voorkomen. Het doel van het wetsvoorstel blijft ook met de uitzondering van een testplicht bij medewerkers overeind. In iedere situatie moet worden gekeken naar hoe een zo veilig mogelijke omgeving voor deelnemers of bezoekers en medewerkers kan worden gerealiseerd.

Naar aanleiding van het advies is de toelichting in deze zin aangevuld.

5. Primaat van de wetgever

a. Inleiding

De voorgestelde maatregel om testbewijzen te vereisen voor toegang tot bepaalde activiteiten en voorzieningen is een beperking van verschillende grondrechten.⁴¹ Dit betreft met name het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en het recht op onaantastbaarheid van het lichaam (zie ook punten 1a en 2a).⁴² Een beperking van deze grondrechten is slechts mogelijk als hiervoor in de formele wet een voldoende specifieke grondslag is opgenomen. Volgens de toelichting geeft dit wetsvoorstel een voldoende specifieke wettelijke basis, en sluit het voorstel aan bij het gelaagde systeem van regelgeving en uitvoering dat al is opgenomen in het bestaande hoofdstuk Va Wpg.⁴³

De Afdeling merkt op dat het wetsvoorstel de nadere uitwerking van een groot aantal onderwerpen overlaat aan de minister; deze worden blijkens het wetsvoorstel geregeld bij ministeriële regeling. Dit betreft onder meer de regels met betrekking tot het beschikken over een testuitslag voor deelname aan of toegang tot daarbij te bepalen activiteiten of voorzieningen op de terreinen van cultuur, evenementen, georganiseerde jeugdactiviteiten, horeca en sport.⁴⁴ Ook de regels over experimenten, de testuitslag, en (bescherming van) persoonsgegevens in relatie tot het tonen van de testuitslag middels een schriftelijk of elektronisch testbewijs worden door de minister vastgesteld.⁴⁵ Het gaat daarbij onder meer om het stellen van voorwaarden aan de Coronacheck-applicatie, de Coronacheck Scanner en een eventuele smartcard (zie ook punt 6).⁴⁶ Tot slot betreft de voorgestelde delegatiegrondslag de regels tot gelijkstelling van een vaccinatiebewijs of medische verklaring aan het testbewijs.⁴⁷ De toelichting geeft aan dat op een dergelijke ministeriële regeling het regime van toepassing is zoals neergelegd in hoofdstuk Va Wpg.⁴⁸

b. Gelijkstelling vaccinatiebewijs of medische verklaring met een testbewijs

Met het oog op het primaat van de wetgever wijst de Afdeling in de eerste plaats op de mogelijke gelijkstelling van een bewijs van vaccinatie of een medische (immuniteits)verklaring met een testuitslag.⁴⁹ Het vaccinatiebewijs kan volgens het wetsvoorstel bij ministeriële regeling worden gelijkgesteld als uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat gevaccineerden niet of (zeer) beperkt besmettelijk zijn. Ditzelfde geldt voor een medische verklaring over de besmettelijkheid.⁵⁰ Volgens de toelichting is een apart wetgevingstraject of een procedure voor een amvb voor het gelijkstellen van een vaccinatiebewijs of medische verklaring met een testbewijs niet wenselijk. Dit zou volgens de toelichting onnodig vertragend zijn, terwijl het mogelijk moet zijn snel gebruik te kunnen maken van de gelijkstelling van de bewijzen.⁵¹

De Afdeling sluit het wettelijk voorschrijven van een vaccinatiebewijs in bepaalde situaties niet op voorhand uit.⁵² Zij merkt echter op dat gelijkstelling van een vaccinatiebewijs met een negatief

⁴¹ Naast de hierna genoemde grondrechten is in dit wetsvoorstel ook het recht op gelijke behandeling aan de orde (punt 3). Artikel 1 Grondwet, artikel 14 EVRM en artikel 1 van het Twaalfde Protocol bij het EVRM.

⁴² Artikelen 10 en 11 Grondwet en artikel 8 EVRM.

⁴³ Toelichting, paragraaf 4.1.

⁴⁴ Voorgesteld artikel 58ra van de Wet publieke gezondheid.

⁴⁵ Respectievelijk voorgesteld artikel 58ra, vijfde lid, voorgesteld artikel 58rc, en voorgesteld artikel 58rd, eerste, tweede, zesde en achtste lid, van de Wet publieke gezondheid.

⁴⁶ Voorgesteld artikel 58rd, achtste lid, van de Wet publieke gezondheid.

⁴⁷ Voorgesteld artikel 58rf, eerste lid, van de Wet publieke gezondheid.

⁴⁸ Memorie van toelichting, paragraaf 2.4.

⁴⁹ Voorgesteld artikel 58rf, eerste lid. Vergelijk hier ook artikel 6d van de Wet publieke gezondheid.

⁵⁰ De Afdeling begrijpt dit zo dat hiermee een verklaring wordt bedoeld dat iemand (tijdelijk) immuun is vanwege een doorgemaakte coronabesmetting.

⁵¹ Memorie van toelichting, paragraaf 9.2.

⁵² Vergelijk voorlichting van 5 maart 2020, W13.19.0401/III, Kamerstukken I 2020/21, 35 049, nr. J; en voorlichting van 17 juni 2020, W13.20.0105/III, Kamerstukken I 2019/20, 35 049, nr. E.

testbewijs die de regering nu reeds mogelijk wil maken, veel verder strekt dan het voorliggende wetsvoorstel. Het vragen van een vaccinatiebewijs kan – als het gaat om de toegankelijkheid van verschillende maatschappelijke voorzieningen – leiden tot onderscheid tussen gevaccineerde personen en personen die zich niet kunnen vaccineren (vanwege medische redenen), niet willen vaccineren (vanwege gewetensbezwaren) of nog niet gevaccineerd zijn (omdat zij nog niet aan de beurt zijn geweest).

Het wetsvoorstel beoogt differentiatie tussen personen op basis van het al dan niet hebben van een vaccinatiebewijs ook expliciet mogelijk te maken.⁵³ Naarmate het toepassingsbereik van het vaccinatiebewijs in de tijd steeds verder wordt verruimd, kunnen de effecten van de voorgestelde wettelijke differentiatie ingrijpender zijn. Daarbij is tevens relevant dat vaccinaties kosteloos zijn, terwijl de kosten van de inzet van testbewijzen op grond van het wetsvoorstel aan de (deel)sectoren zullen worden doorberekend.

Hoewel de Afdeling de vervanging op termijn van een testbewijs door een vaccinatiebewijs in de systematiek van het wetsvoorstel op zichzelf begrijpelijk acht, meent zij dat de mogelijke gevolgen van de voorgestelde gelijkstelling, ook gelet op de mogelijke doorwerking van het vaccinatiebewijs over een mogelijk langere periode op brede maatschappelijke terreinen op dit moment nog niet goed kunnen worden overzien.

Voorts ligt op Europees niveau een voorstel voor een verordening inzake een vaccinatie-, test- of immuniteitsbewijs in het kader van het vrije verkeer (Digital Green Certificate).⁵⁴ In dit licht bezien is de regeling in dit wetsvoorstel prematuur. Daarom acht de Afdeling daarvoor een separate wet aangewezen. In dat geval zijn alle daaraan inherente waarborgen (met inbegrip van consultatie van maatschappelijke actoren) van toepassing. Daarbij benadrukt zij dat de duur van de wetgevingsprocedure geen overwegende belemmering hoeft te zijn, nu verschillende wetsvoorstellen met betrekking tot corona-maatregelen in beperkte tijd tot stand zijn gekomen.

De Afdeling adviseert gelet op het voorgaande dit onderdeel van het wetsvoorstel te schrappen, en zo nodig een apart wetsvoorstel in procedure te brengen.

Een vaccinatiebewijs zal alleen worden gelijkgesteld aan een testbewijs indien uit onderzoek blijkt dat gevaccineerde personen niet of nauwelijks besmettelijk zijn. Benadrukt zij, dat een vaccinatiebewijs ook dan niet verplicht zal zijn om toegang te verkrijgen tot bepaalde activiteiten of voorzieningen. Personen die (nog) niet gevaccineerd zijn of zich niet wensen te laten vaccineren, kunnen zich laten testen om een testbewijs te genereren waarmee zij zich toegang kunnen verschaffen. Een vaccinatiebewijs maakt slechts het testen overbodig. Zoals hierboven vermeld, worden de kosten van testen tot en met juni 2021 volledig en daarna grotendeels door het Rijk gedragen. De gevolgen van een eventuele gelijkstelling zijn wellicht minder verstrekkend dan de Afdeling veronderstelt.

De Europese verordening heeft betrekking op de uitgifte en wederzijdse erkenning van vaccinatie-, test- en herstelcertificaten. Daartoe richten de lidstaten een gedeelde infrastructuur in. Een en ander leidt tot een standaardisering en uniformering van de certificaten. De verordening heeft geen betrekking op eventuele gelijkstelling van vaccinatie-, test- en herstelcertificaten. Naar verwachting zal de verordening in juni 2021 in werking treden. De grondslag in het wetsvoorstel om een vaccinatiebewijs gelijk te stellen met een testbewijs is daarom zowel qua inhoud, als planning niet voorbarig in het licht van de aanstaande verordening.

Mede gelet op het primaat van de wetgever waar de Afdeling in het advies de aandacht voor vraagt, is het wetsvoorstel wel aangepast zodat een eventuele gelijkstelling bij of krachtens algemene maatregel van bestuur plaatsvindt in plaats van uitsluitend bij ministeriële regeling. Tevens is bepaald dat daarbij een voorhangprocedure gevolgd dient te worden. Aldus is voorzien in een zorgvuldige, democratisch gelegitimeerde besluitvorming die kan worden doorlopen met de voortvarendheid waar de bestrijding van de epidemie van covid-19 om vraagt.

c. Verhouding tussen wettelijke criteria

Het wetsvoorstel voorziet in een bepaling waarin de criteria zijn opgenomen die de Gezondheidsraad

⁵³ Voorgesteld artikel I, onderdeel B. Het gaat om een wijziging van het bestaande artikel 58 e, eerste lid, onder b, van de Wet publieke gezondheid. Zie ook Memorie van toelichting, artikelsgewijze deel.

⁵⁴ Voorstel van 17 maart 2021 voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een kader voor de afgifte, verificatie en aanvaarding van interoperabele vaccinatie-, test en herstelcertificaten teneinde het vrije verkeer tijdens de COVID-19-pandemie te vergemakkelijken (digitaal green certificaat), COM(2021) 130 final, 2021/0068(COD).

in zijn ethisch-juridische kader heeft geformuleerd (zie ook punt 3a).⁵⁵ Regels over de toegang tot (delen van) niet-essentiële voorzieningen en middelbaar beroeps- en hoger onderwijs met testbewijzen kunnen op grond daarvan slechts worden gesteld als zij, kort samengevat, noodzakelijk en effectief, evenredig, en uitvoerbaar en doelmatig zijn, en gepaard gaan met voorzorgsmaatregelen.

Deze waarborgen gelden bovenop de reeds in artikel 58b van de Wet publieke gezondheid opgenomen waarborgen. In dat artikel staat dat de bevoegdheden op grond van hoofdstuk Va van de wet slechts worden toegepast als dat noodzakelijk is, in overeenstemming met de uitgangspunten van de democratische rechtsstaat, de uitoefening van grondrechten zo min mogelijk beperkt en evenredig is. De eisen in het voorgestelde artikel zijn volgens de toelichting specifiek en toegesneden op de inzet van testbewijzen.⁵⁶ Het komt de Afdeling echter voor dat de criteria in hoge mate vergelijkbaar zijn. Als dat het geval is, rijst de vraag of opname van de door de Gezondheidsraad geformuleerde criteria in het voorgestelde artikel 58rb niet overbodig is, en wellicht zelfs voor verwarring kan zorgen.

De Afdeling adviseert de toegevoegde waarde van het voorgestelde artikel 58rb ten opzichte van het reeds bestaande artikel 58b in de toelichting nader uiteen te zetten, en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

Terecht constateert de Afdeling dat de criteria in artikel 58b, tweede lid, Wpg en het voorgestelde artikel 58rb Wpg deels overlappen. Dat geldt in ieder geval voor de noodzaak, de subsidiariteit en de proportionaliteit. Aangezien artikel 58b, tweede lid, Wpg van toepassing is op alle bepalingen in hoofdstuk Va Wpg, is het overbodig om criteria omschreven in artikel 58b, tweede lid, Wpg te herhalen in het voorgestelde artikel 58rb Wpg. Het wetsvoorstel en de memorie van toelichting zijn daarom aangepast.

d. Subdelegatie

De artikelen 10 en 11 van de Grondwet staan bij of krachtens de wet beperkingen toe van de daarin gewaarborgde grondrechten. Het primaat van de wetgever brengt met zich dat in ieder geval de reikwijdte, structurele elementen en voornaamste duurzame normen in de formele wet dienen te worden opgenomen.⁵⁷ Dit geldt te meer als het gaat om grondrechten. Delegatie van regelgeving is niet uitgesloten, maar delegatie naar ministeriële regelingen is in dit kader voorbehouden aan voorschriften van administratieve aard, uitwerking van de details van een regeling, voorschriften die vaak wijziging behoeven en voorschriften waarvan te voorzien is dat zij mogelijk met grote spoed moeten worden vastgesteld.⁵⁸

De Afdeling merkt op dat het wetsvoorstel niet alleen veel onderwerpen delegeert naar het niveau van de ministeriële regeling (zie hiervoor) maar ook dat de daaraan verbonden voorwaarden open zijn geformuleerd. Niet alleen moet nog nader worden bepaald bij welke activiteiten en voorzieningen een testbewijs is vereist (zie ook punt 2a), maar ook dienen hierover nog nadere regels te worden gesteld.⁵⁹ Ook als het gaat om de bescherming van persoonsgegevens in het kader van het elektronische of schriftelijke testbewijs worden veel elementen gedelegeerd naar een ministeriële regeling.

De Afdeling heeft er begrip voor dat het voorstel in dit stadium niet op alle genoemde punten verder kan worden geconcretiseerd. Zij acht dat toelaatbaar, gelet op de tijdelijkheid van de wet, de bijzondere omstandigheden van dit moment en de in punt 2a toegelichte, relatief geringe beperking van de in het geding zijnde grondrechten.⁶⁰ Tevens is van belang dat, zoals de regering ook onderstreept, de algemene bepalingen zoals neergelegd in hoofdstuk Va Wpg van toepassing zijn.⁶¹ Daaronder valt ook de wettelijk gewaarborgde betrokkenheid van de ministerraad en het parlement.⁶²

In het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het primaat van de wetgever acht de Afdeling het echter aangewezen bepaalde onderwerpen niet (uitsluitend) bij ministeriële regeling maar bij amvb te regelen, en subdelegatie in die gevallen in beginsel slechts mogelijk te maken voor uitvoeringsaspecten. Dit geldt met name voor het stellen van regels met betrekking tot het beschikken over een testuitslag voor toegang tot te bepalen activiteiten of voorzieningen op de aangewezen

⁵⁵ Voorgesteld artikel 58rb van de Wet publieke gezondheid.

⁵⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 2.4 en 4.2.

⁵⁷ Aanwijzing 2.19 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Zie ook advies van de Afdeling advisering van 22 oktober 2020, W13.20.0375/III, Kamerstukken I 2020/21, 35 526, nr. F.

⁵⁸ Vergelijk aanwijzing 2.24 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

⁵⁹ Voorgesteld artikel 58ra, eerste lid, van de Wet publieke gezondheid.

⁶⁰ Kamerstukken II 2019/20, 35 526, nr. 4 (punt 3a).

⁶¹ Memorie van toelichting, paragraaf 2.4.

⁶² Artikel 58c van de Wet publieke gezondheid.

niet-essentiële sectoren (zie ook punt 2).⁶³ Gelet op het zwaarwegende belang van de bescherming van gegevens over de gezondheid geldt dit eveneens voor regels over welke gegevens dienen te worden verwerkt en de te stellen voorwaarden daaraan.⁶⁴

De Afdeling adviseert het wetsvoorstel in deze zin aan te passen.

Met de Afdeling hecht de regering aan het primaat van de wetgever. En net als de Afdeling acht de regering het onder de bijzondere omstandigheden van de bestrijding van de epidemie van covid-19 die spoedeisende maatregelen vergen en gegeven de extra waarborgen van hoofdstuk Va Wpg omtrent de totstandkoming van ministeriële regelingen, toelaatbaar dat delegatie plaatsvindt. Wel bepleit de Afdeling het stellen van regels bij of krachtens algemene maatregel van bestuur met betrekking tot het beschikken over een testuitslag voor toegang tot te bepalen activiteiten of voorzieningen op de aangewezen niet-essentiële sectoren alsmede met betrekking tot het verwerken van medische persoonsgegevens.

Naar aanleiding hiervan merkt de regering op dat de door de Afdeling voorgestelde constructie al is toegepast op het onderwijs. Dit is immers aan te merken als een essentiële sector waar de inzet van verplichte testbewijzen grondrechtelijk zwaarder weegt. Voor de niet-essentiële sectoren slaat de balans volgens de regering uit naar de noodzaak om met spoed – en met inachtneming van de extra waarborgen van hoofdstuk Va Wpg – tijdelijke regelingen tot stand te kunnen brengen om meer dan eens de maatregelen te treffen die nodig zijn in snel veranderende omstandigheden. Daar komt bij dat de inzet van testbewijzen is gekoppeld aan de voorschriften die thans ook al direct bij ministeriële regeling worden getroffen met gebruik van de daarvoor reeds bestaande grondslagen. Ook voor het maatschappelijk draagvlak is behoud van slagkracht met het oog op een effectieve bestrijding van het virus van belang. Testbewijzen moeten niet langer ingezet worden dan noodzakelijk. Bovendien zijn de wezenlijke verplichtingen die verbonden (kunnen) zijn aan de inzet van testbewijzen in het wetsvoorstel vastgelegd, namelijk de verplichting om een geldig testbewijs te tonen, de verplichting om op een geldig testbewijs te controleren en de verplichting om de toegang te ontfemen bij gebreke van een geldig testbewijs. Daarnaast wordt gewezen op de clausules die het wetsvoorstel verbindt aan de delegatiegrondslag. Om regels te mogen stellen moet voldaan zijn aan – kortweg – noodzaak, subsidiariteit, proportionaliteit, maatschappelijk belang, uitvoerbaarheid en voorzorgsmaatregelen (artikelen 58b en 58rb Wpg).

Op de delegatie van regelgevende bevoegdheid ten aanzien van de verwerking van (medische) persoonsgegevens wordt hieronder sub 6a ingegaan. In aanvulling daarop wordt hier opgemerkt dat voor de verwerking van persoonsgegevens om testbewijzen in te zetten de applicaties gebruikt moeten worden, die de minister van VWS beschikbaar stelt en beheert.

6. Uitvoerbaarheid

Voor het tonen en controleren van het testbewijs zal blijkens de toelichting gebruik worden gemaakt van twee applicaties, de CoronaCheck en de CoronaCheck Scanner. Deze worden door de overheid beschikbaar gesteld. Daarnaast kan gebruik worden gemaakt van een testbewijs op papier en mogelijk, op iets langere termijn, van een contactloos uitleesbare NFC-chip.⁶⁵ De Afdeling maakt hierover de volgende opmerkingen.

a. Regeling van de apps

Het wetsvoorstel zelf regelt met betrekking tot de in te zetten applicaties vrijwel niets; het regelt slechts dat het moet gaan om een door de minister beschikbaar gestelde applicatie.⁶⁶ Verdere regels over de applicaties en het gebruik ervan kunnen op grond van het voorstel bij ministeriële regeling worden gesteld.

Met betrekking tot de eerder ingezette applicatie ter bestrijding van het covid-19 virus, de Coronamelder, is gekozen voor het regelen in een aparte wet, de Tijdelijke wet notificatieapplicatie covid-19.⁶⁷ In die wet wordt met het oog op de mogelijke grondrechtelijke implicaties onder meer gedetailleerd geregeld welke gegevens verwerkt mogen worden. Tevens bevat die wet een antimisbruikbepaling.

Het voorgaande roept de vraag op waarom er in het voorliggende geval niet voor is gekozen om

⁶³ Voorgesteld artikel 58ra, eerste lid, van de Wet publieke gezondheid.

⁶⁴ Voorgesteld artikel 58rd, zesde en achtste lid, van de Wet publieke gezondheid.

⁶⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 2.9 Testbewijzen.

⁶⁶ Voorgesteld artikel 58rd, eerste en derde lid, van de Wet publieke gezondheid.

⁶⁷ Wet van 6 oktober 2020, houdende tijdelijke bepalingen in verband met de inzet van een notificatieapplicatie bij de bestrijding van de epidemie van covid-19 en waarborgen ter voorkoming van misbruik daarvan, Stb. 2020, 374.

onder meer de gegevens die mogen worden verwerkt in de wet zelf vast te leggen. Ook overigens wordt met betrekking tot de CoronaCheck en de CoronaCheck Scanner meer gedelegeerd naar een ministeriële regeling, zonder dat wordt toegelicht waarom dat in dit geval nodig en gewenst is. Voor het mogelijk gebruik van een contactloos uitleesbare NFC-chip bevat het voorstel eveneens aanvullende materiële bepalingen.

De Afdeling adviseert in het wetsvoorstel zelf meer regels op te nemen met betrekking tot de in te zetten applicaties en daarbij in ieder geval te regelen welke gegevens hierbij gebruikt mogen worden (zie ook punt 5c). De Afdeling adviseert voorts ook overigens te bezien in hoeverre delegatie naar een ministeriële regeling noodzakelijk is en voor zover dit het geval is, dit nader toe te lichten.

De regels over de applicaties die de Afdeling adviseert op te nemen, liggen reeds besloten in het wetsvoorstel. Het betreft een samenstel van bepalingen. Wat betreft de met de applicaties te verwerken gegevens is in het bijzonder het voorgestelde artikel 58rd, zesde lid, Wpg van belang. Daarin is geregeld dat met de applicaties de gegevens verwerkt worden die nodig zijn om te voldoen aan de eisen van de testuitslag. Deze eisen zijn opgenomen in het voorgestelde artikel 58rc, eerste lid, Wpg. Daar wordt opgesomd welke gegevens in ieder geval verwerkt worden. Dit is geen limitatieve opsomming. Vanwege de zich steeds vernieuwende inzichten en de doorlopende ontwikkelingen met betrekking tot het coronavirus, covid-19 en de bestrijding van de epidemie kan niet uitgesloten worden dat de regelgeving hierop snel aanpassing behoeft. Daarmee is de noodzaak van delegatie naar een ministeriële regeling gegeven.

b. Stand van zaken implementatie

Uit de toelichting blijkt niet hoe ver de overheid is gevorderd met het ontwikkelen van de applicaties. Er wordt verwezen naar de documentatie op Github.⁶⁸ De Afdeling merkt op dat daaruit niet direct te achterhalen is of de applicaties al gereed zijn voor gebruik.

Verder wordt informatie verstrekt via <https://coronacheck.nl/nl/>. Op deze site staat dat CoronaCheck en CoronaCheck Scanner op dit moment worden getest tijdens praktijkproeven, om te zien of de apps goed werken en of ze verbeterd kunnen worden. Hieruit blijkt niet of er nog knelpunten zijn bij deze proeven die mogelijk aan implementatie op grotere schaal in de weg staan. De toelichting maakt hier ook geen melding van. In het bijzonder is ook nog de vraag of de beveiliging van deze apps voldoende gewaarborgd is. Toegelicht wordt slechts dat de apps moeten voldoen aan eisen die bij ministeriële regeling worden gesteld.⁶⁹

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de stand van zaken met betrekking tot de implementatie van de benodigde applicaties.

Naar aanleiding van dit advies is de memorie van toelichting aangepast om de stand van zaken met betrekking tot de implementatie van de benodigde applicaties te verduidelijken.

c. Uitvoerbaarheid papieren testbewijzen

Het wetsvoorstel voorziet ook in de mogelijkheid om papieren testbewijzen te overleggen.⁷⁰ De Afdeling acht dit van belang vanuit het burgerperspectief: voorkomen moet worden dat personen worden uitgesloten die niet over een smartphone kunnen of willen beschikken of minder digitaal vaardig zijn. In aanvulling hierop en wat hiervoor in punt b heeft opgemerkt valt op dat de toelichting niet ingaat op de vraag in hoeverre het voorgestelde wettelijke systeem ook uitvoerbaar is voor zover dit geheel of in grote mate zou moeten worden gebaseerd op papieren testbewijzen. Daarbij is relevant hoe bedrijven en instellingen zonder de CoronaCheck Scanner kunnen controleren of papieren testbewijzen echt zijn of dat sprake is van vervalsingen. Controle van papieren testbewijzen zonder applicatie zal daarnaast naar verwachting aanzienlijk meer tijd in beslag nemen dan in de situatie waarbij deze controle via een app kan worden uitgevoerd.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan.

Aan de memorie van toelichting is toegevoegd dat de groep personen die gebruik zullen maken van een schriftelijk testbewijs naar verwachting in de minderheid zal zijn. De meesten zullen de applicatie CoronaCheck gebruiken voor een digitaal testbewijs. Anders dan de Afdeling veronderstelt, vindt de controle van zowel digitale, als papieren testbewijzen altijd op digitale wijze plaats met behulp van de

⁶⁸ <https://github.com/minvws>.

⁶⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 4.3 en het artikelsgewijze deel bij voorgesteld artikel 58rd.

⁷⁰ Voorgesteld artikel 58rd, eerste lid, onder b, Wet publieke gezondheid.



voorgeschreven applicatie CoronaCheck Scanner. In specifieke gevallen kan ontheffing worden verleend van het verplicht gebruik van CoronaCheck Scanner. Deze mogelijkheid is juist met het oog op de uitvoerbaarheid in het wetsvoorstel opgenomen, wanneer de toegangscontrole efficiënter verricht kan worden met een meeromvattend geautomatiseerd systeem voor het controleren van grote aantallen personen.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

De vice-president van de Raad van State,

Ik moge U, mede namens mijn ambtsgenoten van Justitie en Veiligheid en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

*De Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport,
H.M. de Jonge.*



Advies Raad van State

No.W13.21.0094/III

's-Gravenhage, 12 april 2021

Aan de Koning

Bij Kabinetsmissive van 26 maart 2021, no.2021000626, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, mede namens de Minister van Justitie en Veiligheid en de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet publieke gezondheid in verband met het stellen van tijdelijke regels over de inzet van testbewijzen bij de bestrijding van het virus SARS-CoV-2 (Tijdelijke wet testbewijzen covid-19), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel voorziet in een wijziging van de Wet publieke gezondheid (Wpg). De tijdelijke bepalingen in hoofdstuk Va van die wet worden uitgebreid met de mogelijkheid om bij het treffen van maatregelen ter bestrijding van de covid-19-epidemie, regels te kunnen stellen over het tonen van een testbewijs waaruit blijkt dat er op het moment van afname van de test geen besmetting was met het coronavirus SARS-CoV-2. De inzet van testbewijzen heeft als doel bij het tegengaan van de verspreiding van het coronavirus onderdelen van de samenleving te heropenen of geopend te houden.

De Afdeling advisering van de Raad van State acht het wetsvoorstel in de huidige omstandigheden gerechtvaardigd, gelet op het doel om zo snel als mogelijk op geordende wijze en met zo veel mogelijk draagvlak delen van de samenleving weer te 'openen'. Gezien de grote sociale en economische belangen die op het spel staan, kan het wetsvoorstel daaraan een belangrijke bijdrage leveren. Hoewel de Afdeling de strekking van het wetsvoorstel derhalve onderschrijft, is zij van oordeel dat een aantal aspecten daarvan in het wetsvoorstel dan wel in de toelichting moeten worden verduidelijkt of aangepast.

De Afdeling adviseert om de reikwijdte van het wetsvoorstel te verduidelijken, in het bijzonder als het gaat om de wijze van afbakening van de aan te wijzen (delen van) sectoren in de toelichting. Voorts adviseert zij nader in te gaan op de mogelijke effecten van het wetsvoorstel op andere dan de door de minister aangewezen sectoren. Ook adviseert de Afdeling meer helderheid te bieden over de beschikbaarheid van alternatieven voor degenen die geen gebruik willen of kunnen maken van testbewijzen. Zij adviseert tevens de doorberekening van de kosten voor het gebruik van testbewijzen in niet-essentiële sectoren nader te motiveren, en te bepalen dat de kosten voor de testbewijzen in het onderwijs voor rekening van de overheid blijven.

De Afdeling adviseert verder om van de uitzondering voor medewerkers van de plicht om een testbewijs te overleggen af te zien en om – ondanks de gewenste snelheid bij de totstandkoming van nadere regelgeving – meer dan in het voorliggende wetsvoorstel het geval is, recht te doen aan het primaat van de wetgever. Dat is te meer van belang nu het wetsvoorstel raakt aan verschillende grondrechten. Mede met het oog daarop adviseert de Afdeling in het bijzonder de voorgestelde gelijkstelling van een vaccinatiebewijs of een medische (immuuniteits)verklaring met een testbewijs, te schrappen en zo nodig in een separaat wetsvoorstel te regelen. Ten slotte gaat de Afdeling in op aspecten van uitvoerbaarheid van het wetsvoorstel.

In verband met het voorgaande is aanpassing van het voorstel en de toelichting wenselijk.

1. Achtergrond en inhoud van het wetsvoorstel

a. Voorgestelde regeling

Sinds het begin van 2020 is sprake van een pandemie die wordt veroorzaakt door het coronavirus.¹ In Nederland zijn in snel tempo maatregelen genomen en dringende adviezen gegeven om verdere verspreiding van het virus tegen te gaan. Het gaat onder meer om het houden van anderhalve meter afstand, het vermijden van drukke plekken en het zo veel mogelijk thuis werken. Ook zijn verschillende voorzieningen gesloten, zoals (bepaalde) scholen, niet-essentiële winkels, horeca, musea, theaters, en (sport)evenementen. Gelet op de risico's die verspreiding van het virus met zich brengt zijn deze maatregelen noodzakelijk geacht, terwijl tegelijkertijd de breed gedragen wens leeft om de samenleving op onderdelen te heropenen of geopend te houden.

¹ Op 11 maart 2020 stelde de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO) officieel vast dat de uitbraak van het SARS-CoV-2 virus tot een pandemie heeft geleid.

Met de inzet van wettelijk gereuleerde testbewijzen beoogt de regering die heropening in bepaalde sectoren gefaseerd mogelijk te maken. Aan de hand van een test kan de besmettelijkheid van een persoon worden vastgesteld en daarmee het risico dat hij of zij het coronavirus kan verspreiden. In verband met de heropening van de samenleving op onderdelen is een bewijs van een negatieve testuitslag dus een bruikbaar instrument. Het testbewijs kan ingevolge het wetsvoorstel uitsluitend worden verplicht om, afhankelijk van de epidemiologische situatie, maatregelen te versoepelen en sneller los te laten (bij het afschalen) of maatregelen minder ingrijpend te laten zijn en later in te voeren (bij het opschalen). Omdat de inzet van een testbewijs raakt aan diverse grondrechten, waaronder het recht op lichamelijke integriteit, het recht op privacy en het verbod op discriminatie, is een wettelijke basis vereist.

De inzet van testbewijzen is in beginsel alleen mogelijk voor de toegang tot voorzieningen die volgens de regering niet essentieel zijn. Daaronder worden sectoren begrepen die naar maatschappelijke opvattingen voor de deelnemers en gebruikers niet van primair belang zijn en niet voor een ieder toegankelijk behoren te zijn.² Hierbij gaat het blijkens het wetsvoorstel om de (limitatief) aangewezen terreinen van cultuur, evenementen, georganiseerde jeugdactiviteiten, horeca en sportactiviteiten. Het voorstel zelf bevat niet de verplichting tot het gebruik en het tonen van een testbewijs, maar biedt de grondslag voor een ministeriële regeling die daarin voorziet. Die ministeriële regeling preciseert de daadwerkelijke inzet van een testbewijs en de activiteiten en voorzieningen waarvoor dit gebeurt.

Op het uitgangspunt dat het testbewijs uitsluitend kan worden ingezet voor niet-essentiële sectoren wordt een uitzondering gemaakt voor het middelbaar beroepsonderwijs en hoger onderwijs. Het wetsvoorstel voorziet daartoe in een grondslag om (delen van) het middelbaar beroepsonderwijs en hoger onderwijs bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen. Deze mogelijkheid wordt gecreëerd om er met behulp van testbewijzen voor te zorgen dat aan meer studenten fysiek onderwijs kan worden gegeven.

b. Uitwerking in nadere regelgeving

Juist omdat nadere uitwerking van het wetsvoorstel nog grotendeels op een later moment zal moeten plaatsvinden, is het niet goed mogelijk om te overzien hoe het wetsvoorstel en de daarop gebaseerde ministeriële regeling(en) en algemene maatregelen van bestuur (amvb's) uiteindelijk concreet zullen uitpakken.

Zo staat in de toelichting dat de inzet van testbewijzen in niet-essentiële sectoren niet in één keer breed wordt geïntroduceerd in de sectoren die binnen de reikwijdte van het wetsvoorstel vallen, maar – mede gelet op de beschikbare testcapaciteit – gefaseerd wordt ingevoerd.³ De criteria aan de hand waarvan dit gebeurt, zijn niet in het wetsvoorstel opgenomen en staan evenmin in de toelichting beschreven. Dat betekent dat vooralsnog onduidelijk is hoe die gefaseerde invoering vorm krijgt. Een voorbeeld kan dit verduidelijken.

Testbewijzen kunnen op grond van het wetsvoorstel onder meer in de horeca worden ingezet.⁴ Gefaseerde invoering brengt met zich dat die inzet niet in alle horeca-instellingen op hetzelfde moment zal worden geïntroduceerd, maar bijvoorbeeld eerst in alle restaurants en pas later in alle cafés. De vraag rijst dan in hoeverre cafés en restaurants steeds goed te onderscheiden zijn. Fasering kan ook plaatsvinden door niet in alle restaurants (meteen) met testbewijzen te gaan werken, maar eerst in een deel ervan.

Het voorgaande impliceert dat bij de nadere uitwerking hoe dan ook een selectie moet worden gemaakt. Onduidelijk is evenwel hoe die selectie zal plaatsvinden. Evenmin is duidelijk wat zo'n selectie vervolgens betekent voor de restaurants die niet (meteen) in aanmerking komen voor de inzet van testbewijzen. Mogen zij – gelet op de alternatieven die omwille van gelijke toegang idealiter worden geboden⁵ – open als zij andere, verdergaande corona-gerelateerde maatregelen in acht nemen, bijvoorbeeld het houden van 1,5 meter afstand? En mogen ook zij in het kader van hun toelatingsbeleid een testbewijs verlangen, hoewel ze door de minister (nog) niet zijn aangewezen in verband met toelaatbare inzet van testbewijzen? In dit verband is tevens relevant dat de kosten van de inzet van testbewijzen ná april 2021 in principe worden doorberekend aan de (deel)sectoren.⁶ Worden

² Memorie van toelichting, paragraaf 2.2. Met 'essentiële voorzieningen' worden die publieke en noodzakelijke voorzieningen bedoeld die zoveel mogelijk opengesteld moeten zijn om eenieder gelijke toegang te verschaffen.

³ Memorie van toelichting, paragraaf 5.1 en 5.2.

⁴ Voorgesteld artikel 58ra, eerste lid, onder d, van de Wet publieke gezondheid. Vergelijkbare voorbeelden zijn ook te geven ten aanzien van de andere segmenten die in het eerste lid worden genoemd. Zo kennen sport- en culturele activiteiten een grote verscheidenheid, net als evenementen en jeugdactiviteiten.

⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2 en 4.1.

⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 7.



de kosten voor de inzet van testbewijs dan alleen toegerekend aan die restaurants die door de minister zijn aangewezen als locatie waar testbewijzen kunnen worden ingezet, of aan alle restaurants, of aan de horecasector als geheel?

Soortgelijke vraagpunten doen zich niet alleen voor bij de overige niet-essentiële sectoren, maar ook bij de inzet van testbewijzen in (delen van) het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs.

Het wetsvoorstel leidt aldus tot een aantal met elkaar samenhangende vragen. Deze zal de Afdeling hierna adresseren.

2. Regulering van privaatrechtelijke verhoudingen

a. Inleiding

Het voorstel regelt dat bij wet sectoren worden aangewezen waarvoor een negatieve testuitslag noodzakelijk is voor de toegang. Gefaseerde invoering van de inzet van testbewijzen in niet-essentiële sectoren kan met zich brengen dat er binnen die sectoren ook voorzieningen niet (meteen) in de ministeriële regeling worden aangewezen. Daarnaast valt een groot aantal sectoren geheel buiten de reikwijdte van het wetsvoorstel, zoals detailhandel, dienstverlening en uiterlijke verzorging.

Van belang voor de nadere uitwerking zijn de criteria om te bepalen welke sectoren in het wetsvoorstel zijn aangewezen. Het gaat om globaal geformuleerde criteria. Volgens de toelichting gaat het om sectoren 'die naar maatschappelijke opvattingen voor de deelnemers onderscheidenlijk gebruikers niet van primair belang zijn en niet voor eenieder toegankelijk behoren te zijn'. Ook noemt de toelichting dat onder de reikwijdte van dit voorstel activiteiten en voorzieningen zijn gebracht die als gevolg van de maatregelen ter bestrijding van de epidemie aan strenge beperkingen onderhevig zijn of gesloten zijn. Het betreft voorts, aldus de toelichting, sectoren die vanuit economisch oogpunt van belang zijn en bijdragen aan het welzijn.⁷

Met de voorgestelde maatregel intervenueert de wetgever in vergaande mate in privaatrechtelijke verhoudingen. De Afdeling acht dat onder de huidige omstandigheden gerechtvaardigd, gelet op het doel om zo snel en verantwoord als mogelijk op geordende wijze en met zo veel mogelijk draagvlak delen van de samenleving weer te 'openen'. Gelet op de grote sociale en economische belangen die op het spel staan, kan het wetsvoorstel daaraan een belangrijke bijdrage leveren. Voorts speelt hierbij een rol dat, zoals de toelichting ook aangeeft, de beperking van de in het geding zijnde grondrechten (zie hiervoor punt 1a) door de inzet van testbewijzen relatief gering is. Het gaat om het laten uitvoeren van een test en het laten zien van een testbewijs. Daarmee krijgt de burger toegang tot niet-essentiële voorzieningen die op dit moment voor hem nog niet of maar zeer beperkt toegankelijk zijn.

Het voorgaande laat echter onverlet dat het wetsvoorstel, mede gelet op de privaatrechtelijke verhoudingen waarin het intervenueert, een aantal vragen oproept. Deze hebben betrekking op de afbakening van de sectoren (onderdeel b) en op de juridische gevolgen van die afbakening voor andere dan de op grond van de wet aangewezen sectoren (onderdeel c).

b. Selectiecriteria voor nadere afbakening

Zoals ook al in punt 1b naar voren kwam, is de vraag welke criteria worden toegepast om de maatschappij (mede) met behulp van testbewijzen gefaseerd te heropenen. Het gaat daarbij om de vraag hoe sectoren helder van elkaar kunnen worden afgebakend. Dit betreft zowel (i) de vraag in welke sectoren (inclusief de sectoren die vallen buiten het wetsvoorstel) uiteindelijk de inzet van testbewijzen van toepassing is of kan zijn (zie hierna ook punt c), als (ii) de vraag welke selectiecriteria binnen het wetsvoorstel worden gehanteerd voor het openen van delen van de in de wet geregelde sectoren. De Afdeling merkt hierover achtereenvolgens het volgende op.

Hoewel de Afdeling de keuze voor de categorieën niet-essentiële voorzieningen die in het wetsvoorstel worden onderscheiden op zichzelf begrijpelijk en verdedigbaar acht, rijst de vraag hoe zal worden omgegaan met activiteiten en voorzieningen die zich op het grensvlak van een aangewezen en een (nog) niet-aangewezen sector bevinden, zoals bijvoorbeeld een lunchroom in een boekhandel. Een heldere afbakening is hier van belang, mede omdat diverse, niet-essentiële voorzieningen geheel buiten het wetsvoorstel vallen en dus niet in een later stadium op grond van deze wet alsnog kunnen worden aangewezen. Daarbij merkt de Afdeling op dat de hiervoor, in punt 2a uit de toelichting geciteerde criteria vanwege hun globale karakter voor deze afbakening waarschijnlijk moeilijk hanteerbaar zullen blijken en in de praktijk tot de nodige vragen kunnen leiden.

⁷ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2.

Met betrekking tot de tweede vraag, naar de selectiecriteria voor de aanwijzing van delen van *binnen* het wetsvoorstel vallende sectoren, worden in de toelichting enkele voorbeelden aangehaald. Zo wordt onder meer aangegeven dat georganiseerde jeugdactiviteiten⁸ vooral op oudere jeugd gericht zijn, omdat de toepasselijkheid van wettelijke maatregelen vaak begrensd wordt op een leeftijd van 13 jaar. Bij het al dan niet aanwijzen van sportactiviteiten⁹ kan bij de selectie ook de mogelijke aanwezigheid van publiek een rol spelen.

Ondanks deze voorbeelden in de toelichting blijven veel vragen onbeantwoord. Verschillende opties zijn bij de nadere uitwerking denkbaar. Zo kan gefaseerde invoering enerzijds onderscheid maken tussen de verschillende categorieën binnen een sector, zoals fastfood, nachtclubs, cafés, restaurants etc. binnen de sector horeca; deze zijn op zichzelf al vaak niet helder af te bakenen. Anderzijds maakt het wetsvoorstel het mogelijk onderscheid te maken binnen de in het wetsvoorstel genoemde categorieën; dit kan bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat voor de toegang tot bepaalde restaurants een testbewijs is vereist, terwijl dit voor niet-aangewezen restaurants (nog) niet het geval is (of niet-aangewezen restaurants simpelweg niet open mogen zijn). Op grond van welke criteria een selectie wordt gemaakt blijft in de toelichting onduidelijk, met uitzondering van de op een bepaald moment beschikbare testcapaciteit.

De Afdeling adviseert in het licht van het voorgaande de selectiecriteria in de toelichting zo veel mogelijk nader te verduidelijken.

c. Verschillende juridische regimes?

In het voorbeeld in punt 1b is reeds de vraag aangestipt wat de juridische gevolgen zijn van de aanwijzing van (delen van) sectoren op grond van de wet voor (delen van) de sectoren die (nog) niet zijn aangewezen dan wel geheel buiten de reikwijdte van het wetsvoorstel vallen. Deze gevolgen hangen af van het antwoord op de vraag welke coronaregels van toepassing zullen zijn op die laatstgenoemde categorieën.

Daarbij zijn grofweg twee modellen denkbaar. In de eerste plaats is dat een model waarbij niet-essentiële voorzieningen ófwel door de minister zijn aangewezen (en dus hun deuren mogen openen voor degenen die een negatief testbewijs overleggen), ófwel tot nader order gesloten moeten blijven. Dit is in juridisch-technische zin het eenvoudigste model. Er is echter met het oog op de maatschappelijke wens om delen van de samenleving sneller te openen, ook een meer gedifferentieerd model denkbaar: er is sprake van een generieke openstelling, waarbij toegang tot de door de minister aangewezen (delen van) sectoren slechts mogelijk is met een negatief testbewijs,¹⁰ terwijl toegang tot de niet-aangewezen en/of niet in de wet genoemde sectoren (zoals bijvoorbeeld de detailhandel of dienstverlening) kan plaatsvinden met inachtneming van andere – verdergaande – corona-gerelateerde maatregelen (bijvoorbeeld de afstandseis of het gebruik van mondkapjes).

Indien gekozen wordt voor dit laatste model, rijst de vraag in hoeverre ook in andere dan de door de minister aangewezen sectoren een toelatingsbeleid kan worden gevoerd waarbij van bezoekers een negatief testbewijs wordt verlangd.¹¹ De toelichting bij het wetsvoorstel is hierover niet eenduidig. Enerzijds wordt daarin gesteld dat het wetsvoorstel géén gevolgen heeft voor de mogelijkheid om onverplicht een testbewijs of testuitslag te vragen wanneer dat niet wettelijk verplicht is.¹² Er is immers geen wettelijke grondslag nodig om een toelatingsbeleid te voeren en op basis daarvan klanten of bezoekers te weigeren, binnen de grenzen van de wet. In beginsel kan dan een testuitslag of een testbewijs worden verlangd, aldus de toelichting; bij het enkel tonen en lezen van een testuitslag vindt geen verwerking van persoonsgegevens plaats.¹³

Anderzijds echter staat in de toelichting dat in veel gevallen geen ruimte zal zijn voor zogenoemd onverplicht toelatingsbeleid, omdat geen sprake is van 'vrijelijk gegeven toestemming' in de zin van de AVG.¹⁴ Dit geldt volgens de regering te meer naarmate meer organisaties een toelatingsbeleid gaan voeren. De ruimte voor vrije keuze en dus de ruimte voor het voeren van onverplicht toelatingsbeleid neemt dan steeds verder af, aldus de toelichting. Daarbij lijkt te worden verondersteld dat in de

⁸ Voorgesteld artikel 58ra, eerste lid, onderdeel c, van de Wet publieke gezondheid.

⁹ Voorgesteld artikel 58ra, eerste lid, onderdeel e, van de Wet publieke gezondheid.

¹⁰ Uit de memorie van toelichting blijkt niet of dit ook betekent dat in die sectoren één of meer bestaande coronamaatregelen kunnen worden losgelaten.

¹¹ De vraag wat een bevestigende beantwoording van die vraag betekent voor de verplichting om al dan niet te voldoen aan andere corona-gerelateerde maatregelen, blijft hier verder buiten beschouwing.

¹² Mits uiteraard daardoor geen verboden onderscheid wordt gemaakt, waartoe wordt verwezen naar artikel 7 van de Algemene wet gelijke behandeling.

¹³ Memorie van toelichting, paragraaf 3.

¹⁴ Artikel 7 van de AVG; memorie van toelichting, paragraaf 3 en 9.2.

praktijk niet alleen sprake zal zijn van alleen het tonen en lezen van de testuitslag maar ook van het registreren daarvan; alleen in geval van verwerking van persoonsgegevens immers zal de AVG van toepassing zijn en daarmee de daarin vastgelegde toestemmingseis relevant zijn. Maar waarom de praktijk registratie zou vereisen, blijkt niet uit de toelichting.

De Afdeling merkt op dat er in een privaatrechtelijke verhouding in beginsel¹⁵ van moet worden uitgegaan dat ondernemers een onverplicht toelatingsbeleid mogen voeren, mits dat gebeurt binnen wettelijke grenzen (zoals de Algemene wet gelijke behandeling). Als enkel gevraagd wordt een testbewijs of testuitslag te tonen en er dus geen sprake is van verwerking van (bijzondere) persoonsgegevens, is een wettelijke grondslag hiervoor niet vereist. Of de suggestie in de toelichting dat daaraan geen brede behoefte zal bestaan¹⁶ juist is, is de vraag. Als het voeren van een dergelijk toelatingsbeleid bijvoorbeeld zou kunnen betekenen dat er méér mensen kunnen worden toegelaten omdat andere corona-gerelateerde maatregelen minder of niet meer nodig zijn, zou dat voor ondernemers een aantrekkelijke optie kunnen zijn. Ook zou een motief om uit eigen beweging een testbewijs te vragen, kunnen zijn dat daarmee de gezondheid van klanten en van medewerkers beter kan worden gewaarborgd.

Het voorgaande roept de vraag op naar de mogelijkheid en wenselijkheid van het naast elkaar bestaan van verschillende juridische regimes; enerzijds het wettelijke regime voor (delen van) sectoren die in een ministeriële regeling zijn aangewezen en anderzijds het algemene privaatrechtelijke regime voor voorzieningen die (nog) niet door minister zijn aangewezen of überhaupt buiten de reikwijdte van het wetsvoorstel vallen. Onduidelijk is hoe deze verschillende regimes zich tot elkaar verhouden en in hoeverre zij uiteindelijk kunnen leiden tot substantieel verschillende uitkomsten. Deze onhelderheid kan worden voorkomen door het voeren van een toelatingsbeleid met testbewijzen te verbieden, tenzij dit bij of krachtens de voorgestelde wet wordt verplicht. Deze optie heeft echter als nadeel dat het de vrijheid van ondernemingen en instellingen aanzienlijk inperkt.¹⁷ Gelet op het voorgaande verdienen de pro- en contra-argumenten van een dergelijk verbod nadere overweging.

De Afdeling adviseert in het licht van het voorgaande de toelichting op dit punt te verhelderen en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

3. Gelijke toegang, non-discriminatie en alternatieven

a. Inleiding

De Minister van VWS heeft de Gezondheidsraad gevraagd om een advies over de voorwaarden waaronder een testbewijs ethisch en juridisch verantwoord kan worden ingezet bij de toegang tot onder meer de horeca en onderwijsinstellingen. In zijn advies heeft de Gezondheidsraad een ethisch-juridisch kader opgesteld met voorwaarden waaraan in dat verband moet worden voldaan.¹⁸ De regering heeft het advies van de Gezondheidsraad overgenomen en de voorwaarden, ontleend aan het kader van de Gezondheidsraad, opgenomen in één van de voorgestelde bepalingen.¹⁹

Eén van de voorwaarden die de Gezondheidsraad in zijn advies stelt, is dat iedereen gelijke (financiële) toegang tot testmogelijkheden en testbewijzen moet hebben. Voorts mag het beleid van de overheid niet tot discriminatie leiden.²⁰ In de toelichting bij het voorstel wordt hierop nader ingegaan, mede naar aanleiding van verschillende reacties op de consultatieversie van het wetsvoorstel.

Zo zal de testcapaciteit laagdrempelig worden gerealiseerd, zodat iedereen evenveel mogelijkheden heeft om zich te laten testen, en zijn er geen directe kosten verbonden aan het laten uitvoeren van de test.²¹ Verder vermeldt de toelichting dat bij de uitwerking van de ministeriële regelingen op grond van dit voorstel, steeds zal worden getoetst of de inzet van testbewijzen als maatregel proportioneel en subsidiair is. Als gevolg daarvan zal het testbewijs enkel worden ingezet als minder ingrijpende maatregel om toegang tot bepaalde activiteiten of voorzieningen mogelijk te maken, en daardoor bepaalde sectoren van de samenleving eerder te heropenen.²² Gelijke toegang en voorkoming van discriminatie kunnen voorts mede worden gerealiseerd door goede alternatieven te bieden voor

¹⁵ Daarbij gelden de algemene privaatrechtelijke eisen van redelijkheid en billijkheid en maatschappelijke zorgvuldigheid.

¹⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 9.2.

¹⁷ De mogelijkheid van een wettelijk verbod wordt in de toelichting (par. 9.2) in reactie op de consultatie afgewezen maar dit is gebaseerd op argumenten die in dit advies juist ter discussie worden gesteld.

¹⁸ Gezondheidsraad, *Testbewijzen voor SARS-CoV-2: ethische en juridische voorwaarden*, 14 januari 2020, nr. 2021/02.

¹⁹ Voorgesteld artikel 58rb van de Wet op de publieke gezondheid. Zie nader punt 5a voor de verhouding tussen dit voorgestelde artikel en artikel 58b van de Wet publieke gezondheid.

²⁰ Vergelijk voorgesteld artikel 58rb, onder f, van de Wet publieke gezondheid.

²¹ Memorie van toelichting, paragraaf 4.1.

²² Artikel 58b van de Wet publieke gezondheid, memorie van toelichting, paragraaf 4.1.

degenen die geen testbewijs kunnen of willen tonen, aldus de toelichting.²³

Hoewel de Afdeling in principe onderschrijft dat er sprake moet zijn van gelijke toegang en het voorkomen van discriminatie, heeft zij enkele vragen die betrekking hebben op de wijze waarop deze concreet moeten worden uitgewerkt.

b. Doorberekening kosten aan (deel)sectoren

In de toelichting staat dat de kosten van de inzet van testbewijzen tot en met april 2021 volledig door de Rijksoverheid zullen worden gedragen. Daarna worden de kosten van de testcapaciteit voor de niet-essentiële voorzieningen in principe toegerekend aan de (deel)sectoren waar testbewijzen worden ingezet op basis van het profijtbeginsel.²⁴ Die kosten worden geraamd rond de 700 miljoen euro, uitgaande van een maximale inzet van de beschikbare testcapaciteit voor een periode van vijf maanden.²⁵

De Afdeling wijst erop dat toerekening van de kosten aan de niet-essentiële (deel)sectoren waar testbewijzen worden ingezet, er mogelijk toe zal leiden dat deze kosten door die (deel)sectoren zullen worden doorberekend aan de gebruikers van de betreffende voorzieningen.²⁶ De kosten van de inzet van testbewijzen komen op die manier – indirect – alsnog terecht bij de gebruikers. De vraag is of dit gewenst is, juist omwille van de door de regering zelf gehanteerde uitgangspunten van gelijke toegang en non-discriminatie (zie punt 3a).

Voorts kan doorberekening van de kosten van de testcapaciteit ertoe leiden dat delen van de sector waar op grond van de ministeriële regeling testbewijzen verplicht worden ingezet, daarvoor moeten betalen, terwijl delen die op eigen initiatief een testbewijs verlangen (zie punt 2c) op grond van het wetsvoorstel niet met de doorberekening van kosten lijken te worden geconfronteerd. Met het oog daarop is het ook de vraag of, daar waar het gaat om overheidsmaatregelen die grondrechtelijke vrijheden sterk hebben ingeperkt, het proportioneel is om de kosten van versoepeling daarvan aan burgers en bedrijven door te berekenen.

In het kader van de essentiële voorzieningen – het middelbaar beroeps- en het hoger onderwijs – vermeldt de toelichting dat de instellingen moeten zorgen voor laagdrempelige testvoorzieningen voor studenten. Dat betekent in ieder geval dat het testen voor studenten kosteloos moet zijn. Dit lijkt te impliceren dat de kosten voor het testen voor rekening van de onderwijsinstellingen komen.²⁷ Het valt de Afdeling op dat hierop in de toelichting niet wordt ingegaan. In dat verband merkt de Afdeling op dat doorberekening van de kosten voor het testen zeer onwenselijk is, nu hier sprake is van essentiële voorzieningen. Bovendien is niet in te zien hoe het profijtbeginsel op onderwijsinstellingen van toepassing zou zijn.

Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling om de kosten van de testcapaciteit in elk geval niet aan de door het wetsvoorstel bestreken onderwijssectoren door te berekenen. Voor zover het gaat om de andere door het wetsvoorstel bestreken sectoren adviseert de Afdeling de mogelijke doorberekening van de kosten alsnog dragend te motiveren. Indien dat niet mogelijk is, adviseert de Afdeling van de doorberekening af te zien.

c. Beschikbaarheid van alternatieven in niet-essentiële sectoren

Hiervoor is al aangegeven dat gelijke toegang en non-discriminatie volgens de regering mede kunnen worden gerealiseerd door goede alternatieven te bieden voor degenen die geen testbewijs kunnen of willen tonen.²⁸ Bij de daadwerkelijke inzet van testbewijzen zullen daarom mogelijke alternatieven voor mensen die zich niet kunnen of willen laten testen, maar wel gebruik willen maken van de als niet-essentieel bestempelde voorzieningen, tegen het licht worden gehouden, zo blijkt uit de toelich-

²³ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2.

²⁴ De vraag rijst overigens in hoeverre in gevallen als deze sprake is van doorberekening van kosten op grond van het profijtbeginsel. Dat beginsel impliceert immers dat wie profijt heeft, betaalt. De sectoren die worden aangewezen voor de inzet van testbewijzen hebben hiervan echter in wezen geen profijt; eerder is het zo dat zeer beperkende overheidsmaatregelen (sluiting) worden gewijzigd in minder beperkende overheidsmaatregelen (opening onder voorwaarden).

²⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 7.

²⁶ Vergelijk ook het advies van de SER, *Veilig en versneld open met verantwoord testbeleid*, maart 2021, p. 13–14, waarin wordt geadviseerd de kosten van testen en testbewijzen volledig voor rekening van de overheid te laten, zonder doorberekening aan burgers of bedrijven. Het testen ten behoeve van toegang tot maatschappelijk verkeer wordt aangemerkt als een collectief goed. Onder meer KHN, de KNVB, MKB Nederland, NOC-NSF en VNO-NCW geven in hun reactie op de consultatieversie van het wetsvoorstel te kennen dat de kosten van het testbewijs niet op de gebruiker verhaald mogen worden, om ongelijkheid te voorkomen.

²⁷ Memorie van toelichting, paragraaf 2.3.

²⁸ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2.

ting. In dit verband worden als mogelijkheden genoemd de deelname aan activiteiten of de toegang tot voorzieningen met inachtneming van de huidige geldende maatregelen.²⁹

In de toelichting wordt echter ook gesteld dat de keuze van de regering voor de verplichte inzet van testbewijzen voor niet-essentiële sectoren gestoeld is op de omstandigheid dat participatie in die gevallen in hoge mate een vrije keuze is: als iemand niet wenst deel te nemen, zijn daaraan geen verstreckende consequenties verbonden en heeft dat geen gevolgen voor diens rechtspositie.³⁰ Dit doet de vraag rijzen in hoeverre in niet-essentiële sectoren sprake zal kunnen en moeten zijn van reële alternatieven anders dan dat betrokkene, zo lang de toepasselijke ministeriële regeling geldt, geen enkel gebruik kan maken van de niet-essentiële voorziening.

De Afdeling adviseert op het voorgaande in de toelichting nader in te gaan, mede in het licht van de hiervoor in punt 2c gemaakte opmerking.

d. Beschikbaarheid van alternatieven in het onderwijs

Het wetsvoorstel biedt een grondslag om bij amvb (delen van) het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs aan te wijzen. Het doel hiervan is om er met behulp van testbewijzen voor te zorgen dat aan meer studenten fysiek onderwijs kan worden gegeven.³¹ De inzet van testbewijzen in het onderwijs komt volgens de toelichting pas aan de orde als is gebleken dat andere maatregelen een onaanvaardbaar tekort aan fysiek onderwijs niet kunnen wegnemen.

In de toelichting staat voorts dat in het middelbaar beroepsonderwijs en in het hoger onderwijs pilots lopen om alternatieven te vinden voor meer fysiek onderwijs en een inschatting te maken van de testbereidheid onder studenten.³² Als daaruit blijkt dat significante opschaling van fysiek onderwijs op een andere, minder ingrijpende wijze kan worden gerealiseerd dan door de verplichte inzet van testbewijzen, dan geeft de regering daaraan de voorkeur.³³ Worden desondanks (delen van) het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs aangewezen als sectoren waar testbewijzen kunnen worden verplicht, dan leidt dat ertoe dat onderwijsinstellingen in lagere regelgeving nader in te vullen verplichtingen opgelegd krijgen. Deze hebben betrekking op enerzijds de beschikbaarheid van een laagdrempelige testvoorziening voor studenten en anderzijds de toegankelijkheid van het onderwijs voor studenten die geen testbewijs wil of kan tonen, aldus de toelichting.³⁴

De gevolgen van deze randvoorwaarden voor studenten en instellingen blijken niet voldoende eenduidig uit de toelichting. Het gebruik van de term ‘verplichte testbewijzen’ in de toelichting lijkt te impliceren dat alle studenten die fysiek onderwijs willen volgen, zich vooraf verplicht moeten laten testen en dat – als logisch gevolg daarvan – onderwijsinstellingen een negatief testbewijs kunnen vereisen voor de deelname aan fysiek onderwijs. Studenten die zich niet kunnen of willen laten testen zijn in dat geval in beginsel aangewezen op digitaal onderwijs.

Toch is het de vraag of dit laatste is wat de regering voor ogen heeft. Zij stelt in de toelichting dat als uitgangspunt heeft te gelden dat niet enkel het bezit van een negatief testbewijs bepalend is voor de vraag of een student fysiek of online onderwijs volgt.³⁵ Van instellingen wordt op dit punt een zorgvuldige belangenafweging verwacht; zij dienen binnen hun capaciteiten en mogelijkheden inspanningen te plegen en afwegingen te maken om tot een goede verdeling te komen van de beschikbare capaciteit voor het geven van fysiek onderwijs. De testbereidheid van studenten is daarbij niet doorslaggevend; wel is gewenst dat de beoogde significante opschaling van fysiek onderwijs plaatsvindt, aldus de toelichting.³⁶

De laatstgenoemde passages in de toelichting kunnen de indruk wekken dat onderwijsinstellingen onder omstandigheden kunnen worden verplicht om óók fysiek onderwijs te verzorgen voor studenten die zich niet kunnen of willen laten testen. De Afdeling acht meer duidelijkheid hier noodzakelijk. Weliswaar staat het onderwijsinstellingen vrij om tot het aanbieden van fysiek onderwijs over te gaan als zij hiervoor de mensen en middelen beschikbaar hebben, maar omdat dat niet steeds het geval zal zijn, acht de Afdeling het opleggen van een verplichting daartoe ongewenst.

²⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 4.1.

³⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2.

³¹ Voorgesteld artikel 58ra, tweede lid, van de Wet publieke gezondheid.

³² Memorie van toelichting, paragraaf 2.3.

³³ De term ‘significant’ wordt in de toelichting overigens niet nader gedefinieerd, waardoor onhelder is wat precies met een ‘significante opschaling’ wordt bedoeld. Gaat het hier om statistische significantie?

³⁴ Memorie van toelichting, paragraaf 2.3.

³⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 3.

³⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 2.3, paragraaf 9.3.

De Afdeling adviseert de toelichting in de hiervoor bedoelde zin aan te passen.

4. Uitzondering voor medewerkers

Het wetsvoorstel voorziet in een uitzondering voor personen die beroeps- of bedrijfsmatig werkzaamheden verrichten in niet-essentiële sectoren en in het onderwijs.³⁷ Zij kunnen als gevolg hiervan niet worden verplicht een testbewijs te tonen. De regering stelt dat het wettelijk verplichten van een testbewijs voor medewerkers een onwenselijke en te ingrijpende maatregel zou zijn.³⁸ De redenen hiervoor zijn blijkens de toelichting gelegen in de afhankelijkheidsrelatie tussen werkgever enerzijds en medewerker anderzijds, de consequenties voor de medewerker die geen testbewijs kan of wil tonen, de inbreuk op de privacy en de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam van de medewerker en de doorbreking van het medisch beroepsgeheim.³⁹

De Afdeling wijst erop dat werkgevers zijn gehouden om de veiligheid en gezondheid van de medewerkers te beschermen.⁴⁰ Juist vanwege de afhankelijkheid ten opzichte van hun werkgevers kunnen medewerkers zich niet onttrekken aan het werken in een potentieel gevaarlijke omgeving vanwege de aanwezigheid van collega's die mogelijk besmet zijn als medewerkers niet óók worden verplicht een testbewijs te tonen. Bovendien is de ontheffing van de testbewijsplicht voor medewerkers veelal problematisch vanwege het risico voor deelnemers en cliënten.

Gelet daarop en met het oog op het doel van het wetsvoorstel acht de Afdeling het onwenselijk dat medewerkers in de aangewezen (deel)sectoren van de verplichting tot het overleggen van een testbewijs worden uitgezonderd. Nu het oogmerk van de inzet van testbewijzen is om onderdelen van de samenleving te heropenen of geopend te houden bij het tegengaan van de verspreiding van het corona-virus, is het essentieel dat in de aangewezen (deel)sectoren in beginsel ook iedereen die zich in de betreffende omgeving bevindt, over een negatief testbewijs beschikt. Het uitzonderen van medewerkers in die (deel)sectoren zet de effectiviteit van het voorgestelde systeem op losse schroeven en ondermijnt daarmee het doel van het wetsvoorstel. Daarbij neemt de Afdeling in aanmerking dat een wettelijke verplichting voor medewerkers gelet op de bijzondere omstandigheden vermoedelijk slechts voor een beperkte periode zal gelden.

De Afdeling adviseert in het licht van het voorgaande van de voorgestelde uitzondering van het tonen van een testbewijs voor medewerkers in aangewezen (deel)sectoren – inclusief het onderwijs – af te zien.

5. Primaat van de wetgever

a. Inleiding

De voorgestelde maatregel om testbewijzen te vereisen voor toegang tot bepaalde activiteiten en voorzieningen is een beperking van verschillende grondrechten.⁴¹ Dit betreft met name het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en het recht op onaantastbaarheid van het lichaam (zie ook punten 1a en 2a).⁴² Een beperking van deze grondrechten is slechts mogelijk als hiervoor in de formele wet een voldoende specifieke grondslag is opgenomen. Volgens de toelichting geeft dit wetsvoorstel een voldoende specifieke wettelijke basis, en sluit het voorstel aan bij het gelaagde systeem van regelgeving en uitvoering dat al is opgenomen in het bestaande hoofdstuk Va Wpg.⁴³

De Afdeling merkt op dat het wetsvoorstel de nadere uitwerking van een groot aantal onderwerpen overlaat aan de minister; deze worden blijkens het wetsvoorstel geregeld bij ministeriële regeling. Dit betreft onder meer de regels met betrekking tot het beschikken over een testuitslag voor deelname aan of toegang tot daarbij te bepalen activiteiten of voorzieningen op de terreinen van cultuur, evenementen, georganiseerde jeugdactiviteiten, horeca en sport.⁴⁴ Ook de regels over experimenten, de testuitslag, en (bescherming van) persoonsgegevens in relatie tot het tonen van de testuitslag

³⁷ Voorgesteld artikel 58ra, zesde lid, van de Wet publieke gezondheid.

³⁸ Onder 'medewerkers' wordt in dit verband verstaan 'mensen op de werkvloer'. Het gaat in voorkomende gevallen om werknemers, uitzendkrachten, gedetacheerden, zzp'ers (al gaat het argument van de afhankelijkheidsrelatie daar niet op) en vergelijkbare medewerkers.

³⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2.

⁴⁰ Artikel 3, eerste lid, onder a, van de Arbeidsomstandighedenwet, (tenzij dit redelijkerwijs niet kan worden gevegd); artikel 3.2a van het Arbeidsomstandighedenbesluit; artikel 7:658, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek.

⁴¹ Naast de hierna genoemde grondrechten is in dit wetsvoorstel ook het recht op gelijke behandeling aan de orde (punt 3). Artikel 1 Grondwet, artikel 14 EVRM en artikel 1 van het Twaalfde Protocol bij het EVRM.

⁴² Artikelen 10 en 11 Grondwet en artikel 8 EVRM.

⁴³ Toelichting, paragraaf 4.1.

⁴⁴ Voorgesteld artikel 58ra van de Wet publieke gezondheid.

middels een schriftelijk of elektronisch testbewijs worden door de minister vastgesteld.⁴⁵ Het gaat daarbij onder meer om het stellen van voorwaarden aan de Coronacheck-applicatie, de Coronacheck Scanner en een eventuele smartcard (zie ook punt 6).⁴⁶ Tot slot betreft de voorgestelde delegatiegrondslag de regels tot gelijkstelling van een vaccinatiebewijs of medische verklaring aan het testbewijs.⁴⁷ De toelichting geeft aan dat op een dergelijke ministeriële regeling het regime van toepassing is zoals neergelegd in hoofdstuk Va Wpg.⁴⁸

b. Gelijkstelling vaccinatiebewijs of medische verklaring met een testbewijs

Met het oog op het primaat van de wetgever wijst de Afdeling in de eerste plaats op de mogelijke gelijkstelling van een bewijs van vaccinatie of een medische (immuniteits)verklaring met een testuitslag.⁴⁹ Het vaccinatiebewijs kan volgens het wetsvoorstel bij ministeriële regeling worden gelijkgesteld als uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat gevaccineerden niet of (zeer) beperkt besmettelijk zijn. Ditzelfde geldt voor een medische verklaring over de besmettelijkheid.⁵⁰ Volgens de toelichting is een apart wetgevingstraject of een procedure voor een amvb voor het gelijkstellen van een vaccinatiebewijs of medische verklaring met een testbewijs niet wenselijk. Dit zou volgens de toelichting onnodig vertragend zijn, terwijl het mogelijk moet zijn snel gebruik te kunnen maken van de gelijkstelling van de bewijzen.⁵¹

De Afdeling sluit het wettelijk voorschrijven van een vaccinatiebewijs in bepaalde situaties niet op voorhand uit.⁵² Zij merkt echter op dat gelijkstelling van een vaccinatiebewijs met een negatief testbewijs die de regering nu reeds mogelijk wil maken, veel verder strekt dan het voorliggende wetsvoorstel. Het vragen van een vaccinatiebewijs kan – als het gaat om de toegankelijkheid van verschillende maatschappelijke voorzieningen – leiden tot onderscheid tussen gevaccineerde personen en personen die zich niet kunnen vaccineren (vanwege medische redenen), niet willen vaccineren (vanwege gewetensbezwaren) of nog niet gevaccineerd zijn (omdat zij nog niet aan de beurt zijn geweest).

Het wetsvoorstel beoogt differentiatie tussen personen op basis van het al dan niet hebben van een vaccinatiebewijs ook expliciet mogelijk te maken.⁵³ Naarmate het toepassingsbereik van het vaccinatiebewijs in de tijd steeds verder wordt verruimd, kunnen de effecten van de voorgestelde wettelijke differentiatie ingrijpender zijn. Daarbij is tevens relevant dat vaccinaties kosteloos zijn, terwijl de kosten van de inzet van testbewijzen op grond van het wetsvoorstel aan de (deel)sectoren zullen worden doorberekend.

Hoewel de Afdeling de vervanging op termijn van een testbewijs door een vaccinatiebewijs in de systematiek van het wetsvoorstel op zichzelf begrijpelijk acht, meent zij dat de mogelijke gevolgen van de voorgestelde gelijkstelling, ook gelet op de mogelijke doorwerking van het vaccinatiebewijs over een mogelijk langere periode op brede maatschappelijke terreinen op dit moment nog niet goed kunnen worden overzien.

Voorts ligt op Europees niveau een voorstel voor een verordening inzake een vaccinatie-, test- of immuniteitsbewijs in het kader van het vrije verkeer (Digital Green Certificate).⁵⁴ In dit licht bezien is de regeling in dit wetsvoorstel prematuur. Daarom acht de Afdeling daarvoor een separate wet aangewezen. In dat geval zijn alle daaraan inherente waarborgen (met inbegrip van consultatie van maatschappelijke actoren) van toepassing. Daarbij benadrukt zij dat de duur van de wetgevingsprocedure geen overwegende belemmering hoeft te zijn, nu verschillende wetsvoorstellen met betrekking tot corona-maatregelen in beperkte tijd tot stand zijn gekomen.

De Afdeling adviseert gelet op het voorgaande dit onderdeel van het wetsvoorstel te schrappen, en zo

⁴⁵ Respectievelijk voorgesteld artikel 58ra, vijfde lid, voorgesteld artikel 58rc, en voorgesteld artikel 58rd, eerste, tweede, zesde en achtste lid, van de Wet publieke gezondheid.

⁴⁶ Voorgesteld artikel 58rd, achtste lid, van de Wet publieke gezondheid.

⁴⁷ Voorgesteld artikel 58rf, eerste lid, van de Wet publieke gezondheid.

⁴⁸ Memorie van toelichting, paragraaf 2.4.

⁴⁹ Voorgesteld artikel 58rf, eerste lid. Vergelijk hier ook artikel 6d van de Wet publieke gezondheid.

⁵⁰ De Afdeling begrijpt dit zo dat hiermee een verklaring wordt bedoeld dat iemand (tijdelijk) immuun is vanwege een doorgemaakte coronabesmetting.

⁵¹ Memorie van toelichting, paragraaf 9.2.

⁵² Vergelijk voorlichting van 5 maart 2020, W13.19.0401/III, Kamerstukken I 2020/21, 35 049, nr. J; en voorlichting van 17 juni 2020, W13.20.0105/III, Kamerstukken I 2019/20, 35 049, nr. E.

⁵³ Voorgesteld artikel I, onderdeel B. Het gaat om een wijziging van het bestaande artikel 58 e, eerste lid, onder b, van de Wet publieke gezondheid. Zie ook Memorie van toelichting, artikelsgewijze deel.

⁵⁴ Voorstel van 17 maart 2021 voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een kader voor de afgifte, verificatie en aanvaarding van interoperabele vaccinatie-, test en herstelcertificaten teneinde het vrije verkeer tijdens de COVID-19-pandemie te vergemakkelijken (digitaal green certificaat), COM(2021) 130 final, 2021/0068(COD).

nodig een apart wetsvoorstel in procedure te brengen.

c. Verhouding tussen wettelijke criteria

Het wetsvoorstel voorziet in een bepaling waarin de criteria zijn opgenomen die de Gezondheidsraad in zijn ethisch-juridische kader heeft geformuleerd (zie ook punt 3a).⁵⁵ Regels over de toegang tot (delen van) niet-essentiële voorzieningen en middelbaar beroeps- en hoger onderwijs met testbewijzen kunnen op grond daarvan slechts worden gesteld als zij, kort samengevat, noodzakelijk en effectief, evenredig, en uitvoerbaar en doelmatig zijn, en gepaard gaan met voorzorgsmaatregelen.

Deze waarborgen gelden bovenop de reeds in artikel 58b van de Wet publieke gezondheid opgenomen waarborgen. In dat artikel staat dat de bevoegdheden op grond van hoofdstuk Va van de wet slechts worden toegepast als dat noodzakelijk is, in overeenstemming met de uitgangspunten van de democratische rechtsstaat, de uitoefening van grondrechten zo min mogelijk beperkt en evenredig is. De eisen in het voorgestelde artikel zijn volgens de toelichting specifiek en toegesneden op de inzet van testbewijzen.⁵⁶ Het komt de Afdeling echter voor dat de criteria in hoge mate vergelijkbaar zijn. Als dat het geval is, rijst de vraag of opname van de door de Gezondheidsraad geformuleerde criteria in het voorgestelde artikel 58rb niet overbodig is, en wellicht zelfs voor verwarring kan zorgen.

De Afdeling adviseert de toegevoegde waarde van het voorgestelde artikel 58rb ten opzichte van het reeds bestaande artikel 58b in de toelichting nader uiteen te zetten, en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

d. Subdelegatie

De artikelen 10 en 11 van de Grondwet staan bij of krachtens de wet beperkingen toe van de daarin gewaarborgde grondrechten. Het primaat van de wetgever brengt met zich dat in ieder geval de reikwijdte, structurele elementen en voornaamste duurzame normen in de formele wet dienen te worden opgenomen.⁵⁷ Dit geldt te meer als het gaat om grondrechten. Delegatie van regelgeving is niet uitgesloten, maar delegatie naar ministeriële regelingen is in dit kader voorbehouden aan voorschriften van administratieve aard, uitwerking van de details van een regeling, voorschriften die vaak wijziging behoeven en voorschriften waarvan te voorzien is dat zij mogelijk met grote spoed moeten worden vastgesteld.⁵⁸

De Afdeling merkt op dat het wetsvoorstel niet alleen veel onderwerpen delegeert naar het niveau van de ministeriële regeling (zie hiervoor) maar ook dat de daaraan verbonden voorwaarden open zijn geformuleerd. Niet alleen moet nog nader worden bepaald bij welke activiteiten en voorzieningen een testbewijs is vereist (zie ook punt 2a), maar ook dienen hierover nog nadere regels te worden gesteld.⁵⁹ Ook als het gaat om de bescherming van persoonsgegevens in het kader van het elektronische of schriftelijke testbewijs worden veel elementen gedelegeerd naar een ministeriële regeling.

De Afdeling heeft er begrip voor dat het voorstel in dit stadium niet op alle genoemde punten verder kan worden geconcretiseerd. Zij acht dat toelaatbaar, gelet op de tijdelijkheid van de wet, de bijzondere omstandigheden van dit moment en de in punt 2a toegelichte, relatief geringe beperking van de in het geding zijnde grondrechten.⁶⁰ Tevens is van belang dat, zoals de regering ook onderstreept, de algemene bepalingen zoals neergelegd in hoofdstuk Va Wpg van toepassing zijn.⁶¹ Daaronder valt ook de wettelijk gewaarborgde betrokkenheid van de ministerraad en het parlement.⁶²

In het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het primaat van de wetgever acht de Afdeling het echter aangewezen bepaalde onderwerpen niet (uitsluitend) bij ministeriële regeling maar bij amvb te regelen, en subdelegatie in die gevallen in beginsel slechts mogelijk te maken voor uitvoeringsaspecten. Dit geldt met name voor het stellen van regels met betrekking tot het beschikken over een testuitslag voor toegang tot te bepalen activiteiten of voorzieningen op de aangewezen niet-essentiële sectoren (zie ook punt 2).⁶³ Gelet op het zwaarwegende belang van de bescherming van gegevens over de gezondheid geldt dit eveneens voor regels over welke gegevens dienen te

⁵⁵ Voorgesteld artikel 58rb van de Wet publieke gezondheid.

⁵⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 2.4 en 4.2.

⁵⁷ Aanwijzing 2.19 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Zie ook advies van de Afdeling advisering van 22 oktober 2020, W13.20.0375/III, Kamerstukken I 2020/21, 35 526, nr. F.

⁵⁸ Vergelijk aanwijzing 2.24 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

⁵⁹ Voorgesteld artikel 58ra, eerste lid, van de Wet publieke gezondheid.

⁶⁰ Kamerstukken II 2019/20, 35 526, nr. 4 (punt 3a).

⁶¹ Memorie van toelichting, paragraaf 2.4.

⁶² Artikel 58c van de Wet publieke gezondheid.

⁶³ Voorgesteld artikel 58ra, eerste lid, van de Wet publieke gezondheid.

worden verwerkt en de te stellen voorwaarden daaraan.⁶⁴

De Afdeling adviseert het wetsvoorstel in deze zin aan te passen.

6. Uitvoerbaarheid

Voor het tonen en controleren van het testbewijs zal blijkens de toelichting gebruik worden gemaakt van twee applicaties, de CoronaCheck en de CoronaCheck Scanner. Deze worden door de overheid beschikbaar gesteld. Daarnaast kan gebruik worden gemaakt van een testbewijs op papier en mogelijk, op iets langere termijn, van een contactloos uitleesbare NFC-chip.⁶⁵ De Afdeling maakt hierover de volgende opmerkingen.

a. Regeling van de apps

Het wetsvoorstel zelf regelt met betrekking tot de in te zetten applicaties vrijwel niets; het regelt slechts dat het moet gaan om een door de minister beschikbaar gestelde applicatie.⁶⁶ Verdere regels over de applicaties en het gebruik ervan kunnen op grond van het voorstel bij ministeriële regeling worden gesteld.

Met betrekking tot de eerder ingezette applicatie ter bestrijding van het covid-19 virus, de Coronamelder, is gekozen voor het regelen in een aparte wet, de Tijdelijke wet notificatieapplicatie covid-19.⁶⁷ In die wet wordt met het oog op de mogelijke grondrechtelijke implicaties onder meer gedetailleerd geregeld welke gegevens verwerkt mogen worden. Tevens bevat die wet een antimisbruikbepaling.

Het voorgaande roept de vraag op waarom er in het voorliggende geval niet voor is gekozen om onder meer de gegevens die mogen worden verwerkt in de wet zelf vast te leggen. Ook overigens wordt met betrekking tot de CoronaCheck en de CoronaCheck Scanner meer gedelegeerd naar een ministeriële regeling, zonder dat wordt toegelicht waarom dat in dit geval nodig en gewenst is. Voor het mogelijk gebruik van een contactloos uitleesbare NFC-chip bevat het voorstel eveneens aanvullende materiële bepalingen.

De Afdeling adviseert in het wetsvoorstel zelf meer regels op te nemen met betrekking tot de in te zetten applicaties en daarbij in ieder geval te regelen welke gegevens hierbij gebruikt mogen worden (zie ook punt 5c). De Afdeling adviseert voorts ook overigens te bezien in hoeverre delegatie naar een ministeriële regeling noodzakelijk is en voor zover dit het geval is, dit nader toe te lichten.

b. Stand van zaken implementatie

Uit de toelichting blijkt niet hoe ver de overheid is gevorderd met het ontwikkelen van de applicaties. Er wordt verwezen naar de documentatie op Github.⁶⁸ De Afdeling merkt op dat daaruit niet direct te achterhalen is of de applicaties al gereed zijn voor gebruik.

Verder wordt informatie verstrekt via <https://coronacheck.nl/nl/>. Op deze site staat dat CoronaCheck en CoronaCheck Scanner op dit moment worden getest tijdens praktijkproeven, om te zien of de apps goed werken en of ze verbeterd kunnen worden. Hieruit blijkt niet of er nog knelpunten zijn bij deze proeven die mogelijk aan implementatie op grotere schaal in de weg staan. De toelichting maakt hier ook geen melding van. In het bijzonder is ook nog de vraag of de beveiliging van deze apps voldoende gewaarborgd is. Toegelicht wordt slechts dat de apps moeten voldoen aan eisen die bij ministeriële regeling worden gesteld.⁶⁹

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de stand van zaken met betrekking tot de implementatie van de benodigde applicaties.

c. Uitvoerbaarheid papieren testbewijzen

Het wetsvoorstel voorziet ook in de mogelijkheid om papieren testbewijzen te overleggen.⁷⁰ De Afdeling acht dit van belang vanuit het burgerperspectief: voorkomen moet worden dat personen

⁶⁴ Voorgesteld artikel 58rd, zesde en achtste lid, van de Wet publieke gezondheid.

⁶⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 2.9 Testbewijzen.

⁶⁶ Voorgesteld artikel 58rd, eerste en derde lid, van de Wet publieke gezondheid.

⁶⁷ Wet van 6 oktober 2020, houdende tijdelijke bepalingen in verband met de inzet van een notificatieapplicatie bij de bestrijding van de epidemie van covid-19 en waarborgen ter voorkoming van misbruik daarvan, Stb. 2020, 374.

⁶⁸ <https://github.com/minvws>.

⁶⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 4.3 en het artikelsgewijze deel bij voorgesteld artikel 58rd.

⁷⁰ Voorgesteld artikel 58rd, eerste lid, onder b, Wet publieke gezondheid.



worden uitgesloten die niet over een smartphone kunnen of willen beschikken of minder digitaal vaardig zijn. In aanvulling hierop en wat hiervoor in punt b heeft opgemerkt valt op dat de toelichting niet ingaat op de vraag in hoeverre het voorgestelde wettelijke systeem ook uitvoerbaar is voor zover dit geheel of in grote mate zou moeten worden gebaseerd op papieren testbewijzen. Daarbij is relevant hoe bedrijven en instellingen zonder de CoronaCheck Scanner kunnen controleren of papieren testbewijzen echt zijn of dat sprake is van vervalsingen. Controle van papieren testbewijzen zonder applicatie zal daarnaast naar verwachting aanzienlijk meer tijd in beslag nemen dan in de situatie waarbij deze controle via een app kan worden uitgevoerd.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

*De vice-president van de Raad van State,
Th.C. de Graaf.*



Tekst zoals toegezonden aan de Raad van State: Wijziging van de Wet publieke gezondheid in verband met het stellen van tijdelijke regels over de inzet van testbewijzen bij de bestrijding van het virus SARS-CoV-2 (Tijdelijke wet testbewijzen covid-19)

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is om de verspreiding van het SARS-CoV-2-virus zoveel mogelijk te belemmeren en dat de tijdelijke inzet van een bewijs van een testuitslag omtrent de besmettelijkheid met betrekking tot dat virus kan bijdragen aan het verantwoord openen of geopend houden van onderdelen van de samenleving;

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

ARTIKEL I

De Wet publieke gezondheid wordt als volgt gewijzigd:

A

In artikel 58a, eerste lid, wordt in alfabetische volgorde ingevoegd:

testbewijs: bewijs van een testuitslag;
testuitslag: testuitslag waaruit blijkt of de geteste persoon op het moment van afname van de test was geïnfecteerd met het virus SARS-CoV-2;

B

Aan artikel 58e, eerste lid, onderdeel b, wordt toegevoegd 'of, indien het een krachtens paragraaf 2 van dit hoofdstuk of artikel 58q vast te stellen ministeriële regeling betreft, op basis van een testuitslag'.

C

Na artikel 58r wordt een paragraaf ingevoegd, luidende:

§ 3a. Testbewijzen

Artikel 58ra. Reikwijdte

1. In een krachtens paragraaf 2 van dit hoofdstuk vast te stellen ministeriële regeling kunnen regels worden gesteld met betrekking tot het beschikken over een testuitslag voor deelname aan of toegang tot daarbij te bepalen activiteiten of voorzieningen op uitsluitend de volgende terreinen:
 - a. cultuur;
 - b. evenementen;
 - c. georganiseerde jeugdactiviteiten;
 - d. horeca; of
 - e. sport.
2. Slechts voor zover dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur is bepaald kunnen voorts in een krachtens paragraaf 2 van dit hoofdstuk of artikel 58q vast te stellen ministeriële regeling regels als bedoeld in het eerste lid worden gesteld op het terrein van beroepsonderwijs als bedoeld in artikel 1.1.1, onder h, van de Wet educatie en beroepsonderwijs of artikel 1.1.1 van de Wet educatie en beroepsonderwijs BES, of hoger onderwijs als bedoeld in artikel 1.1, onder b, van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek.
3. Bij of krachtens een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in het tweede lid worden regels gesteld met betrekking tot de wijze waarop de onderwijsinstelling:
 - a. zorg draagt voor een toegankelijke voorziening waar de student zich kan laten testen op besmetting met het virus SARS-CoV-2;

- b. de toegankelijkheid van het onderwijs waarborgt voor de student die niet over een testuitslag beschikken.
4. De voordracht voor een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in het tweede lid wordt gedaan door Onze Ministers in overeenstemming met Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap. De voordracht wordt niet eerder gedaan dan een week nadat het ontwerp aan beide Kamers der Staten-Generaal is overgelegd.
5. In een krachtens paragraaf 2 van dit hoofdstuk of artikel 58q vast te stellen ministeriële regeling kunnen experimenten worden aangewezen die tot doel hebben het vergaren van en aan Onze Minister rapporteren over praktijkkennis over de uitvoerbaarheid en effecten van regels als bedoeld in het eerste of tweede lid.
6. Ten aanzien van personen die beroeps- of bedrijfsmatig werkzaamheden verrichten worden geen regels als bedoeld in het eerste lid gesteld.

Artikel 58rb. Voorwaarden

Onverminderd artikel 58b, tweede lid, kunnen slechts regels als bedoeld in artikel 58ra, eerste of tweede lid, worden gesteld, indien deze, rekening houdend met de aard van de activiteiten of voorzieningen:

- a. noodzakelijk en effectief zijn om toegang te verschaffen tot de activiteiten, de voorzieningen of het onderwijs en gelijktijdig de verspreiding van het virus SARS-CoV-2 tegen te gaan;
- b. leiden tot een minder ingrijpende toepassing van andere bij of krachtens dit hoofdstuk toegekende bevoegdheden;
- c. in het maatschappelijk belang zijn aangewezen;
- d. evenredig zijn ten opzichte van de daarmee te dienen doelen en deze doelen niet met minder ingrijpende maatregelen bereikt kunnen worden;
- e. uitvoerbaar en doelmatig zijn, mede gelet op de aanvang en duur van de periode waarin de regels van toepassing zijn en de mogelijkheden om een testuitslag te verkrijgen;
- f. gepaard gaan met voorzorgsmaatregelen om eventuele maatschappelijk ongewenste effecten ervan, waaronder afbreuk aan andere maatregelen tegen verspreiding van het virus SARS-CoV-2, vermijdbare achterstanden of ongelijke toegang tot activiteiten, voorzieningen of onderwijs te voorkomen, weg te nemen of te verminderen.

Artikel 58rc. Testuitslag

1. In een ministeriële regeling als bedoeld in artikel 58ra, eerste of tweede lid, worden eisen gesteld met betrekking tot de test, die in elk geval betrekking hebben op:
 - a. de vaststelling van de identiteit van de geteste persoon;
 - b. het type test dat is uitgevoerd;
 - c. de testuitslag;
 - d. de termijn sinds het uitvoeren van de test.
2. Tot de regels, bedoeld in artikel 58ra, eerste of tweede lid, kunnen behoren:
 - a. een verplichting voor personen om de testuitslag en een geldig identiteitsdocument als bedoeld in artikel 1 van de Wet op de identificatieplicht of artikel 2 van de Wet identificatieplicht BES op verzoek te tonen aan degene die bevoegd is, bedoeld in de artikelen 58k en 58l, of de onderwijsinstelling, bedoeld in artikel 58q en aan een toezichthouder;
 - b. een verplichting voor degene die bevoegd is, bedoeld in de artikelen 58k en 58l, of de onderwijsinstelling, bedoeld in artikel 58q, de persoon die geen testuitslag of geldig identiteitsdocument als bedoeld in artikel 1 van de Wet op de identificatieplicht of artikel 2 van de Wet identificatieplicht BES kan tonen, de toegang tot of het gebruik van een publieke onderscheidenlijk besloten plaats te ontfangen.

Artikel 58rd. Testbewijs

1. Voor het tonen van de testuitslag wordt gebruikt:
 - a. hetzij een elektronisch testbewijs:
 - 1°. met een door Onze Minister beschikbaar gestelde applicatie; of
 - 2°. indien dat bij ministeriële regeling is bepaald, op een daarbij aangewezen drager;
 - b. hetzij een schriftelijk testbewijs.
2. Bij ministeriële regeling worden eisen gesteld aan de aangewezen drager en het schriftelijk testbewijs, die in elk geval waarborgen dat uitsluitend betrouwbare testuitslagen getoond worden en waarbij zo min mogelijk persoonsgegevens worden verlangd ten behoeve van het

verifiëren van de identiteit van de toonder van het testbewijs.

3. Voor het lezen van het elektronisch of schriftelijk testbewijs wordt een door Onze Minister beschikbaar gestelde applicatie gebruikt.
4. Onze Minister draagt zorg voor de inrichting en het beheer van de applicaties en treft waarborgen om ervoor te zorgen dat met de applicaties uitsluitend betrouwbare testuitslagen getoond worden.
5. Onze Minister is verwerkingsverantwoordelijke in de zin van artikel 4 van de Algemene verordening gegevensbescherming en artikel 1, tweede lid, onder d, van de Wet bescherming persoonsgegevens BES voor de verwerking van persoonsgegevens bij het gebruik van de aangewezen drager en de applicaties.
6. De uitvoerder van de test, de geteste persoon en de bevoegde of onderwijsinstelling, bedoeld in artikel 58rc, tweede lid, onder b, verwerken voor het gebruik van de applicatie, de aangewezen drager of het schriftelijk testbewijs bij ministeriële regeling te bepalen persoonsgegevens, waaronder persoonsgegevens over de gezondheid als bedoeld in artikel 9 van de Algemene verordening gegevensbescherming of artikel 16 van de Wet bescherming persoonsgegevens BES, die noodzakelijk zijn om te voldoen aan de eisen en waarborgen, bedoeld in het tweede en vierde lid, en artikel 58rc, eerste lid.
7. De applicatie voor het lezen van het elektronisch of schriftelijk testbewijs maakt de persoonsgegevens uitsluitend gedurende een bij ministeriële regeling te bepalen aantal seconden zichtbaar en vernietigt de persoonsgegevens onmiddellijk daarna.
8. Bij ministeriële regeling kunnen voorwaarden worden gesteld aan:
 - a. de aansluiting van de uitvoerder van de test op de applicatie voor het tonen van het testbewijs;
 - b. het gebruik van de applicatie voor het lezen van het testbewijs door de bevoegde of onderwijsinstelling, bedoeld in artikel 58rc, tweede lid, onder b;
 - c. het gebruik van de aangewezen drager door de uitvoerder van de test of de bevoegde of onderwijsinstelling, bedoeld in artikel 58rc, tweede lid, onder b; of
 - d. het gebruik van de applicatie voor het tonen van het testbewijs of de aangewezen drager door een persoon waarop een verplichting als bedoeld in artikel 58rc, tweede lid, onder a, rust;
 - e. de beveiliging tegen verlies en onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens.
9. Onze Minister maakt door middel van de applicatie voor het tonen van het testbewijs ten minste de volgende informatie toegankelijk:
 - a. de wijze waarop bij de uitvoerder van de test een beroep kan worden gedaan op de rechten, bedoeld in de artikelen 12 tot en met 23 en 33 van de Algemene verordening gegevensbescherming en de artikelen 25 tot en met 34 van de Wet bescherming persoonsgegevens BES;
 - b. de wijze waarop een klacht kan worden ingediend bij de Autoriteit Persoonsgegevens of een verzoek tot het instellen van een onderzoek als bedoeld in artikel 50 van de Wet bescherming persoonsgegevens BES kan worden gedaan bij de Commissie toezicht bescherming persoonsgegevens BES;
 - c. de wijze van verwerking van gegevens in het kader van de applicatie in beknopte en toegankelijke vorm en in duidelijke en eenvoudige taal.

Artikel 58re. Ontheffing en vrijstelling

1. Onze Minister kan ontheffing verlenen van het gebruik van de applicatie, bedoeld in artikel 58rd, derde lid, indien het lezen van een testbewijs plaatsvindt als onderdeel van een meeromvattend geautomatiseerd systeem voor het controleren van grote aantallen personen voor deelname aan activiteiten of toegang tot voorzieningen.
2. Aan de ontheffing kunnen voorschriften en beperkingen worden verbonden, in ieder geval met betrekking tot de inrichting, het beheer en het gebruik van het systeem en de beveiliging tegen verlies en onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens.
3. Indien ontheffing wordt verleend, kan Onze Minister tevens bij ministeriële regeling vrijstelling verlenen van het bepaalde bij of krachtens artikel 58rd, eerste lid, indien noodzakelijk om een testbewijs te kunnen lezen met het systeem.



4. Aan de vrijstelling kunnen voorschriften en beperkingen worden verbonden, in ieder geval met betrekking tot de eisen aan het testbewijs en de aansluiting van de uitvoerder van de test op het systeem en de beveiliging tegen verlies en onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens.
5. Artikel 58rd, zesde en zevende lid, is van overeenkomstige toepassing op de verwerking van persoonsgegevens voor de toepassing van het systeem.

Artikel 58rf. Gelijktelling

1. Bij de regels met betrekking tot het beschikken over een testuitslag voor deelname aan activiteiten of toegang tot voorzieningen kan onder daarbij te stellen voorwaarden met een testuitslag worden gelijkgesteld een daarbij aan te wijzen document, waaronder een bewijs van vaccinatie tegen covid-19 of een medische verklaring, indien op basis daarvan met betrekking tot het virus SARS-CoV-2 kan worden vastgesteld dat een vergelijkbare kans op overdracht van het virus SARS-CoV-2 bestaat.
2. De artikelen 58rd, zesde en achtste lid, onder a en c, en 58re, tweede lid, zijn van overeenkomstige toepassing op de verstrekker van het document, bedoeld in het eerste lid.

Artikel 58rg. Geneeskundige behandelingsovereenkomst

Artikel 446, vierde lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 446, vijfde lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek BES zijn niet van toepassing op het laten uitvoeren van een test met het oogmerk te voldoen aan de verplichting, bedoeld in artikel 58rc, tweede lid, onder a.

D

Artikel 68bis wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste lid, onderdeel b, wordt 'of 58q, eerste lid, eerste zin' vervangen door ', 58q, eerste lid, eerste zin, artikel 58rd, derde of achtste lid, onder a, b of c, of artikel 58re, tweede lid'.
2. Aan het tweede lid wordt toegevoegd ', artikel 58rd, eerste of achtste lid, onder d, of artikel 58re, vierde lid'.
3. In het vierde lid wordt 'of artikel 58g, eerste lid,' vervangen door ', artikel 58g, eerste lid, artikel 58rd, eerste of achtste lid, onder d, of artikel 58re, vierde lid'.

ARTIKEL II

In afwijking van artikel 454, derde lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 454, derde lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek BES:

- a. bewaart een hulpverlener een dossier dat uitsluitend betrekking heeft op een testuitslag waaruit blijkt of een persoon op het moment van afname van de test was geïnfecteerd met het virus SARS-CoV-2 gedurende een bij ministeriële regeling van Onze Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport te bepalen termijn van ten hoogste een jaar, gerekend vanaf het moment dat de test is afgenomen;
- b. vernietigt een hulpverlener een dossier dat uitsluitend betrekking heeft op een testuitslag als bedoeld in onderdeel a, indien de termijn, bedoeld in onderdeel a, is verstreken op het moment van inwerkingtreding van dit artikel.

ARTIKEL III

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, dat voor de verschillende artikelen of onderdelen daarvan verschillend kan worden vastgesteld.

ARTIKEL IV

Deze wet wordt aangehaald als: Tijdelijke wet testbewijzen covid-19.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten,



colleges en ambtenaren die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

De Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport,

De Minister van Justitie en Veiligheid,

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,



MEMORIE VAN TOELICHTING

Inhoudsopgave

Algemeen

1. Inleiding
2. Hoofdpijnen van het voorstel
 - 2.1 Afwegings- en beoordelingskader
 - 2.2 Niet-essentiële sectoren
 - 2.3 Onderwijs
 - 2.4 Geclausuleerde delegatiegrondslag
 - 2.5 Caribisch Nederland
 - 2.6 Inzet testbewijs
 - 2.7 Testen en teststrategieën
 - 2.8 Testcapaciteit
 - 2.9 Testbewijzen
3. Gevolgen
4. Verhouding tot andere regelgeving
 - 4.1 Grond- en mensenrechten
 - 4.2 Verhouding tot het EU-recht
 - 4.3 Gegevensbescherming
 - 4.4 Nationale wetgeving
5. Invoering en regeldruk
 - 5.1 Fieldlabs en pilots
 - 5.2 Invoering
 - 5.3 Regeldruk
6. Toezicht en handhaving
7. Financiële gevolgen
8. Rechtsbescherming
9. Advisering, toetsing en consultatie
 - 9.1 Internetconsultatie
 - 9.2 Autoriteit Persoonsgegevens (AP) en Commissie toezicht bescherming persoonsgegevens BES (CPB BES)
 - 9.3 College voor de Rechten van de Mens (CRM)
 - 9.4 Adviescollege toetsing regeldruk (ATR)
 - 9.5 Caribisch Nederland
 - 9.6 Toezichts- en handhavingstoetsen
 - 9.7 Belangenorganisaties
10. Overgangsrecht en inwerkingtreding

Artikelsgewijs

Artikel I (wijziging Wet publieke gezondheid)
Artikelen II en III (overgangsrecht en inwerkingtreding)

Algemeen

1. Inleiding

Met deze wijziging van de Wet publieke gezondheid (Wpg) worden de tijdelijke bepalingen in hoofdstuk Va van die wet uitgebreid met de mogelijkheid om bij het treffen van maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 regels te kunnen stellen over het tonen van een testbewijs waaruit blijkt of er op het moment van afname van de test een besmetting was met het coronavirus SARS-CoV-2 (hierna: de inzet van testbewijzen).

De inzet van testbewijzen heeft als doel bij het tegengaan van de verspreiding van het virus SARS-CoV-2 (hierna: coronavirus) onderdelen van de samenleving te heropenen of geopend te houden. Aan de hand van een test kan de besmettelijkheid worden vastgesteld en daarmee het risico op verspreiding van het coronavirus. Daarvoor is in het bijzonder een bewijs van een negatieve testuitslag relevant. In een epidemiologische situatie waarin het risico op verspreiding zeer ernstig is, kunnen testbewijzen tijdelijk worden benut bij het gefaseerd afschalen van maatregelen ter bestrijding van de epidemie. In een gunstiger epidemiologische situatie zouden testbewijzen bij een opkomende verspreiding van het coronavirus ingezet kunnen worden bij het gefaseerd opschalen van maatregelen ter bestrijding van de epidemie. Afhankelijk van het risiconiveau op verspreiding van het coronavirus geeft de 'Routekaart coronamaatregelen' een overzicht van de maatregelen voor het verrichten van

activiteiten of de toegang tot voorzieningen.¹ De routekaart is daarmee een belangrijk richtsnoer voor de inzet van testbewijzen. Het testbewijs zal alleen worden verplicht om, afhankelijk van de epidemiologische situatie, maatregelen te versoepelen en sneller los te laten (bij het afschalen) of maatregelen minder ingrijpend laten zijn en later in te voeren (bij het opschalen).

Het verplichten van een testbewijs raakt grondrechten, waaronder het recht op lichamelijke integriteit en het recht op privacy. Voor een beperking van deze rechten door de overheid is een wettelijke basis vereist. Het wetsvoorstel expliciteert de grondslag om bij ministeriële regeling testbewijzen te kunnen inzetten voor toegang tot sport- en jeugdactiviteiten, culturele instellingen, evenementen, restaurants en overige horeca, een en ander met inbegrip van doorstroomlocaties. Daarnaast kan het middelbaar beroepsonderwijs (mbo) en het hoger onderwijs (ho) bij algemene maatregel van bestuur worden aangewezen om er met behulp van testbewijzen voor te zorgen dat aan meer studenten meer fysiek onderwijs gegeven kan worden. Op andere terreinen kan het testbewijs niet worden voorgeschreven. Het wetsvoorstel regelt niet het gebruik van testbewijzen in andere gevallen dan waarin dat wettelijk is voorgeschreven.

Op welk moment en voor welke van deze activiteiten en voorzieningen testbewijzen feitelijk zullen worden ingezet, is ten tijde van de indiening van het wetsvoorstel nog niet te bepalen. Dit zal per sector verschillen en hangt af van de actuele omstandigheden, waaronder de epidemiologische situatie, de geldende maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19, de effectiviteit van de inzet van testbewijzen en de praktische uitvoerbaarheid ervan, onder meer wat betreft de beschikbaarheid van testen en testlocaties alsmede de testbereidheid. De inzet van testbewijzen voor onderwijsvoorzieningen is bovendien pas aan de orde wanneer gebleken is dat andere maatregelen een onaanvaardbaar tekort aan fysiek onderwijs niet kunnen wegnemen en indien onderwijsinstellingen ervoor zorg dragen dat hun studenten zich kunnen laten testen en de toegankelijkheid van het onderwijs waarborgen voor studenten zonder testbewijs.

Van overheidswege worden applicaties beschikbaar gesteld waarin de testuitslag wordt omgezet in een testbewijs dat eenvoudig kan worden getoond en gelezen. Testbewijzen kunnen ook op een niet digitale manier worden verstrekt. Aan het testbewijs worden bij ministeriële regeling nadere eisen gesteld, onder meer dat ze actueel en betrouwbaar zijn. Ook kan worden bepaald welk type test moet zijn verricht, waarbij het soort activiteit of voorziening uit kan maken. Verder zal vereist kunnen worden dat de identiteit van de toonder van het testbewijs wordt vastgesteld voor het verschaffen van toegang tot de activiteiten of voorziening.

2. Hoofdpijnen van het voorstel

2.1 Afwegings- en toetsingskader

Op 17 december 2020 heeft de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) de Gezondheidsraad om advies gevraagd over de voorwaarden waaronder een testbewijs ethisch en juridisch verantwoord kan worden ingezet bij het verstrekken van toegang tot onderwijsinstellingen, zorginstellingen zoals verpleeghuizen, publieke voorzieningen, werkomgeving en sociale gelegenheden zoals horeca, uitgaansgelegenheden of (sport)evenementen. In 'Testbewijzen voor SARS-CoV-2: ethische en juridische voorwaarden' van 14 januari 2021, nr. 2021/02, heeft de Gezondheidsraad geadviseerd de voor- en nadelen van de inzet van testbewijzen per activiteit of voorziening tegen elkaar af te wegen. Voor deze afweging heeft de raad een ethisch-juridisch kader opgesteld met voorwaarden. Alleen wanneer aan alle voorwaarden wordt voldaan, is volgens de Gezondheidsraad de inzet van testbewijzen in een specifieke voorziening te overwegen. Die voorwaarden zijn:

- testbewijzen moeten noodzakelijk en effectief zijn om de samenleving te heropenen en tegelijkertijd virusverspreiding terug te dringen;
- testbewijzen moeten de minst ingrijpende maatregel zijn om de doelstelling te bereiken;
- testbewijzen moeten een proportionele maatregel zijn. Dat wil zeggen dat de gevolgen van het moeten kunnen tonen van een testbewijs in verhouding staan tot het doel dat daarmee wordt nagestreefd;
- potentiële schadelijke effecten van de maatregel moeten worden geminimaliseerd;
- iedereen moet gelijke (financiële) toegang hebben tot testmogelijkheden en testbewijzen;
- het beleid mag niet tot discriminatie leiden;
- er moet zorgvuldig en in overeenstemming met privacywetgeving worden omgegaan met de (bijzondere) persoonsgegevens van de houder van het testbewijs;
- het beleid moet vanaf het begin periodiek worden gemonitord en geëvalueerd;
- het beleid moet helder en begrijpelijk worden uitgelegd aan de bevolking.

De context waarin testbewijzen worden overwogen, bepaalt in belangrijke mate of aan de voorwaarden wordt voldaan. De Gezondheidsraad benadrukt dat deze context dynamisch is. Dat betekent

¹ <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/coronavirus-covid-19>.

dat testbewijzen op het ene moment wel en later niet meer goed verdedigbaar kunnen zijn.

Het advies van de Gezondheidsraad is overgenomen. Ten eerste door in het wetsvoorstel de sectoren te bepalen waarin testbewijzen kunnen worden ingezet, te weten niet-essentiële sectoren en eventueel delen van het onderwijs. Bij deze selectie is het afwegingskader gebruikt. Ten tweede door genoemde voorwaarden voor de inzet van testbewijzen waar nodig te verankeren in dit wetsvoorstel door middel van geclausuleerde delegatiegrondslagen. Dit wordt in de paragrafen 2.2 t/m 2.4 nader toegelicht.

2.2 Niet-essentiële sectoren

De inzet van testbewijzen impliceert een indirecte testplicht voor diegenen die wensen deel te nemen aan activiteiten of gebruik te maken van voorzieningen waar een testbewijs is voorgeschreven. Dat moet juridisch verantwoord en ethisch aanvaardbaar zijn. De Gezondheidsraad wijst in dit verband onder meer op de volgende factoren. Het gaat om de afweging tussen enerzijds het bevorderen van de volksgezondheid door het terugdringen van de virusverspreiding, waardoor minder mensen ziek zullen worden of zullen overlijden aan de gevolgen van covid-19 en anderzijds het teruggeven van bewegingsvrijheid, wat belangrijke maatschappelijke voordelen oplevert voor zowel individuen als de samenleving als geheel. De inzet van testbewijzen dient effectief te zijn voor het bereiken van de beoogde doelstelling, waarbij uitvoerbaarheid, handhaafbaarheid en maatschappelijk draagvlak van belang zijn. Voorzorgsmaatregelen zijn nodig om potentiële negatieve gevolgen te voorkomen. Niet in de laatste plaats wijst de Gezondheidsraad op gelijke toegang en non-discriminatie, wat mede gerealiseerd kan worden door goede alternatieven te bieden voor degenen die geen testbewijs kunnen of willen tonen.

Of gelet op de relevante factoren aan de voorwaarden van het door de Gezondheidsraad gepresenteerde afwegingskader voldaan wordt, kan per sector verschillen. Testbewijzen kunnen vrijheden teruggeven, maar degene die geen testbewijs kan of wil tonen, wordt juist in zijn vrijheden beperkt. De Gezondheidsraad maakt hierbij onder andere onderscheid naar de mate waarin een sector als essentieel is aan te merken. Voor de ene sector is toegang tot activiteiten en voorzieningen van groter maatschappelijk belang dan voor een andere sector. De afbakening van de sectoren waarop dit wetsvoorstel van toepassing is, volgt grotendeels dit onderscheid. Bij wet zijn sectoren aangewezen die naar maatschappelijke opvattingen voor de deelnemers onderscheidenlijk gebruikers niet van primair belang zijn en niet voor eenieder toegankelijk behoren te zijn. In overeenstemming met de motie van het lid Azarkan inzake toegang tot publieke voorzieningen ongeacht vaccinatie- of teststatus (Kamerstukken II 2020/21, 25 295, nr. 864), zal het testbewijs daarom niet worden ingezet voor publieke voorzieningen zoals het openbaar vervoer of het stadhuis. Publieke voorzieningen zijn al zoveel mogelijk opengesteld om eenieder gelijke toegang te verschaffen. Hiervoor kunnen de basismaatregelen en andere maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 effectief worden aangewend.

Onder de reikwijdte van dit wetsvoorstel zijn daarom in de eerste plaats activiteiten en voorzieningen gebracht die geacht worden niet essentieel te zijn voor de deelnemers en bezoekers en die als gevolg van de maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 aan strenge beperkingen onderhevig zijn of zelfs gesloten zijn. Doorgaans zijn de maatregelen in deze sectoren strenger bij hogere dreigingsniveaus, terwijl alternatieve toegang tot de activiteiten en voorzieningen vaak tekortschiet of afwezig is. Toch betreft het sectoren die van belang zijn vanuit economisch oogpunt en die, hoe langer deze epidemie duurt, bijdragen aan het welzijn en daarmee aan de volksgezondheid. Wanneer dat met andere maatregelen niet mogelijk is, kan de inzet van testbewijzen weer toegang worden geboden tot activiteiten en voorzieningen. Het wetsvoorstel maakt de inzet van testbewijzen uitsluitend mogelijk op de volgende terreinen: sport- en jeugdactiviteiten, culturele instellingen, evenementen, restaurants en overige horeca, een en ander met inbegrip van locaties waar sprake is van doorstroom van het publiek. Bij de omschrijving van deze terreinen is aangesloten bij de terminologie die gehanteerd wordt in de Routekaart. Binnen deze globaal aangeduide terreinen zullen testbewijzen selectief worden ingezet. Deze aanpak sluit aan op de systematiek van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 (Trm) om bij ministeriële regeling meer exact te bepalen op welke deelterreinen een maatregel ter bestrijding van de epidemie van covid-19 geldt. Enkele voorbeelden kunnen dit verduidelijken. De toepasselijkheid van maatregelen op jeugdigen wordt vaak begrensd op de leeftijd vanaf dertien jaar. Dat zal bij de inzet van testbewijzen voor jeugdactiviteiten zeer waarschijnlijk niet anders zijn, zodat het daar met name zal kunnen gaan om oudere jeugd en bij de activiteiten betrokken volwassenen. Bij sport ligt de leeftijdsgrens thans hoger en kunnen testbewijzen vooral effectief worden ingezet voor het publiek. Evenementen ten slotte is een veelomvattend begrip waarbinnen in de Trm nadere keuzen worden gemaakt. Zo valt een uitvaart onder dat begrip, maar daarvoor wordt veelal een uitzondering gemaakt op maatregelen. Kortom, testbewijzen zullen in deze sectoren kunnen worden ingezet waar participatie in hoge mate een vrije keuze is. Deze deelterreinen zijn te kenschetsen als wat de Gezondheidsraad sociale gelegenheden noemt. Wanneer iemand niet wenst deel te nemen, zijn daar geen verstrekende consequenties aan verbonden en heeft dat geen gevolgen voor diens rechtspositie. Het is derhalve minder bezwaarlijk dan bij essentiële sectoren wanneer iemand

die geen testbewijs wil of kan tonen, geen toegang heeft tot deze activiteiten en voorzieningen en – voor zover beschikbaar – desgewenst gebruik kan maken van alternatieve faciliteiten.

Voor medewerkers in deze sectoren zal een testbewijs niet voorgeschreven worden. In het wetsvoorstel is expliciet uitgezonderd dat personen die beroeps- of bedrijfsmatig werkzaamheden verrichten, verplicht kunnen worden een testbewijs te tonen. De mogelijkheid om ook op de werkvloer testbewijzen te verplichten, is verkend in overleg met sociale partners. Geconcludeerd is dat er geen verplichte inzet van een testbewijs voor de werkomgeving komt. De aard van de rechtsverhouding en de afhankelijkheidsrelatie tussen werkgever enerzijds en werknemer, uitzendkracht, gedetacheerde, zzp'er en vergelijkbare medewerkers anderzijds, de consequenties voor de medewerker die geen testbewijs kan of wil tonen, de inbreuk op de privacy van de medewerker en de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam en de doorbreking van het medisch beroepsgeheim maken het wettelijk verplichten van een testbewijs voor medewerkers een onwenselijke en te ingrijpende maatregel. Voor medewerkers weegt dit zwaarder dan voor deelnemers aan activiteiten of gebruikers van voorzieningen in niet-essentiële sectoren, aangezien het direct consequenties heeft voor het kunnen verrichten van hun werkzaamheden en mogelijk zelfs voor het verwerven van inkomsten, alsmede omdat zij zich in veel gevallen vaker zouden moeten laten testen. Weliswaar blijkt uit de Fieldlabs dat medewerkers in hoge mate bereid zijn zich vrijwillig te laten testen, maar het opleggen van een verplichting voert te ver. Bovendien zijn er minder ingrijpende middelen om het risico op besmetting met het coronavirus voor medewerkers te voorkomen of te beperken.

Dit betekent dat er twee regimes zijn: een regime voor deelnemers en bezoekers, die wel verplicht zijn om een testbewijs te tonen, en een regime voor medewerkers waarvoor die verplichting niet geldt. Het is daarom van belang om het risico dat medewerkers het virus verspreiden onder deelnemers aan activiteiten of bezoekers van voorzieningen zoveel als mogelijk te beperken. En andersom behoren medewerkers te worden beschermd tegen het risico dat een deelnemer of bezoeker, ondanks een negatief testbewijs, toch besmet is met het coronavirus. Zeker wanneer testbewijzen ertoe hebben geleid dat afstandsmaatregelen los zijn gelaten. Om die reden zal in iedere situatie moeten worden gekeken naar hoe een zo veilig mogelijke omgeving voor deelnemers of bezoekers en medewerkers kan worden gerealiseerd. Denk daarbij aan voldoende afstand tussen deelnemers of bezoekers en medewerkers en tussen medewerkers onderling, maar ook aan hygiënische maatregelen, spatschermen en persoonlijke beschermingsmiddelen.

Daarnaast geldt dat de werkgever medewerkers dient te beschermen tegen het risico op besmetting met het coronavirus. Ook met de inzet van testbewijzen blijven maatregelen door de werkgever vanuit de arbeidshygiënische strategie noodzakelijk. Werkgevers moeten in overleg met de werknemers hun Risico Inventarisatie & Evaluatie (RI&E) op deze situatie aanpassen. Op de werkvloer kan dit concreet betekenen dat na het herzien van de RI&E, de afstandsmaatregelen in de praktijk bij werkenden vanuit de veiligheid en gezondheid noodzakelijk blijven om het risico op besmetting met het coronavirus te voorkomen of te beperken. Het (tijdelijke) artikel 3.2a van het Arbobesluit vormt de basis voor de verplichtingen van de werkgever bij het treffen van maatregelen of voorzieningen. Het is van belang dat de voorlichting en onderricht helder zijn. Ook voor die situaties waarin medewerkers kunnen worden geconfronteerd met deelnemers en bezoekers die geen negatief testbewijs kunnen of willen tonen, waardoor het risico op ongewenst gedrag en agressie richting de medewerker kan ontstaan.

In de publieksvoorlichting zal aandacht besteed worden aan het bestaan van de verschillende regimes voor deelnemers aan activiteiten of bezoekers van voorzieningen enerzijds en medewerkers anderzijds. Het moet ook voor deelnemers en bezoekers niet alleen duidelijk zijn welke risico's op verspreiding van het coronavirus aan hun deelname of bezoek zijn verbonden. Het is ook van belang dat zij geattendeerd worden op de noodzaak om de maatregelen ter beheersing van die risico's in acht te nemen. Op die manier kan de kans dat medewerkers het virus verspreiden onder deelnemers aan activiteiten of bezoekers van voorzieningen waarvoor een testbewijs verplicht is, op een aanvaardbaar niveau gehouden worden.

Bij de afbakening van de reikwijdte van het wetsvoorstel is meegewogen wat de mogelijke nadelige effecten zijn van de inzet van een testbewijs en hoe deze geminimaliseerd kunnen worden. Naar hun aard zijn de mogelijk nadelige effecten voor burgers minder zwaarwegend bij niet-essentiële voorzieningen. Dit wordt versterkt door de omstandigheid dat de inzet van testbewijzen steeds tijdelijk is. Zodra de epidemiologische omstandigheden het mogelijk maken om met inachtneming van andere, minder vergaande maatregelen op een verantwoorde wijze toegang tot activiteiten of voorzieningen te bieden, zal het testbewijs niet langer verplicht worden. Om de toegankelijkheid van testbewijzen zoveel mogelijk te waarborgen, wordt rekening gehouden met de bereikbaarheid van teststraten en zullen er voor burgers geen directe kosten verbonden zijn aan het testen en aan het verkrijgen van het testbewijs, dat behalve digitaal, tevens in schriftelijke vorm te verkrijgen zal zijn.

2.3 Onderwijs

Op het uitgangspunt dat het testbewijs uitsluitend kan worden ingezet voor niet-essentiële sectoren wordt een uitzondering gemaakt voor mbo en ho. Het wetsvoorstel schept de mogelijkheid om binnen de sector onderwijs het mbo en ho of onderdelen daarvan aan te wijzen waar een testbewijs verplicht kan worden gesteld, zodat bijvoorbeeld kan worden afgeweken van de norm voor veilige afstand voor de studenten die getest zijn. Tijdens de periode tussen augustus en december 2020 waren mbo en ho geopend, maar kon slechts ongeveer een derde van het fysiek onderwijs worden verzorgd met inachtneming van de maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19. Sinds de lockdown die op 14 december 2020 is ingegaan, is dit aandeel nog kleiner, ondanks de uitzonderingen op de lockdown voor onderwijs met betrekking tot praktijkonderwijs, examens, tentamens en toetsen en de begeleiding van studenten in een kwetsbare positie. Wanneer deze maatregelen langer van kracht blijven, ontstaat een onaanvaardbaar tekort aan fysiek onderwijs. Dat hierdoor veel studenten geen fysiek onderwijs genieten, leidt immers tot zeer onwenselijke gevolgen. Fysiek onderwijs is van belang vanuit de notie dat onderwijs meer is dan kennisoverdracht alleen; immers is ook het sociale contact tussen studenten onderling en tussen student en docent van wezenlijk belang voor studenten. Onderzoek laat zien dat een langdurig gebrek aan fysiek onderwijs schadelijk is voor de geestelijke gezondheid van studenten. Dit kan negatieve effecten op hun ontwikkeling en studievoortgang hebben. Dit werkt op langere termijn door. Het gaat hier om jonge mensen in vervolgonderwijs die zich vaak door hun leeftijd steeds minder richten op hun ouders en thuissituatie, maar vaak ook nog niet in staat zijn hun leven geheel zelfstandig vorm te geven.

Onderwijsinstellingen spannen zich sinds het begin van de coronacrisis in om zoveel mogelijk fysiek onderwijs te organiseren voor zoveel mogelijk studenten. Bij de bestrijding van de epidemie van covid-19 behoort het onderwijs tot nu toe tot de sectoren die als eerste in aanmerking komen voor maatregelen die de toegankelijkheid zo min mogelijk belemmeren. In het Servicedocument MBO² is opgenomen dat de school bepaalt welke groepen studenten voorrang krijgen om op de locatie van de school lessen te volgen door te kijken naar nieuwe studenten (eerstejaars of nieuw in een opleiding), studenten in een kwetsbare positie en studenten die praktijklessen volgen of examens afleggen. In het Servicedocument HO³ is opgenomen dat instellingen beoordelen welk type onderwijsactiviteiten zij op de locatie van de onderwijsinstelling laten plaatsvinden en daarbij het belang van binding en goede begeleiding van eerstejaars en kwetsbare studenten in acht nemen. Belangenorganisaties voor het onderwijs, Vereniging van Universiteiten (VSNU), Vereniging Hogescholen, Nederlandse Raad voor Training en Opleiding (NRTO) en MBO Raad, hebben voor hun achterban protocollen vastgesteld voor de organisatie van het onderwijs tijdens de coronacrisis, waarin expliciet aandacht wordt besteed aan gelijke rechten en plichten voor studenten bij de opstart van het onderwijs, specifieke aandacht voor onderwijs waar fysiek contact nodig is om de leerdoelen te bereiken, en het belang van fysiek onderwijs waaronder monitoring en tutoring, voor kwetsbare studenten. In veiligheidsplannen is nauwkeurig uitgewerkt hoe een instelling op verantwoorde wijze fysiek onderwijs kan verzorgen door middel van onder andere goede hygiënemaatregelen, loopstromen, alternatieve locaties, spreiding over de dag en avond, afspraken over openbaar vervoer. Desondanks blijft een grote groep studenten verstoken van fysiek onderwijs. Daarom wordt niet gestopt met het verkennen van alternatieven. Momenteel wordt door instellingen in mbo en ho geëxperimenteerd, onder meer in pilots waarin sneltesten worden aangeboden aan studenten, teneinde alternatieven te vinden voor meer fysiek onderwijs zonder dat de 1,5 meter wordt losgelaten en zonder dat met testbewijzen wordt gewerkt. Gekeken wordt of via technologie, de inzet van crowdcontrol, en het creëren van zogenaamde 'bubbels', meer capaciteit kan worden gegenereerd. De resultaten van de pilots zijn uiterlijk in mei 2021 beschikbaar. Op basis van de pilots zal een inschatting gemaakt worden van de bereidheid onder studenten om zich te laten testen. Dit is van belang, omdat zij bij de inzet van testbewijzen in mbo en ho volgens het laatste advies van het OMT – net als bij andere doorgaande activiteiten – ten minste 1 à 2 keer per week getest zouden moeten worden om door het versoepelen of loslaten van beperkende maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 meer toegang te krijgen tot fysiek onderwijs. Hoe vaak een student zich in de praktijk zal laten testen wordt bepaald door het aantal keren per week dat hij fysiek onderwijs volgt, wat weer afhangt van het type onderwijsactiviteit, en de geldigheidsduur van een testbewijs. Onderwijsinstellingen kunnen er met roosters op sturen dat studenten zich niet vaker hoeven laten testen dan nodig is. De besluitvorming over testmethode en -strategie zal, zoals gebruikelijk bij de toepassing van de routekaart, continu plaatsvinden op basis van advisering door het OMT. Of het verplichte testbewijs zal worden ingezet in het onderwijs hangt, behalve van de epidemiologische situatie, de geldende maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 en de praktische uitvoerbaarheid, mede af van de uitkomsten van de pilots.

Er zal geen gebruik gemaakt worden van de grondslag om het mbo en ho aan te wijzen indien door

² Servicedocument mbo-aanpak coronavirus COVID-19 versie 5.1 d.d. 17 maart 2021.

³ Servicedocument HO 2020-2021, versie 9.0, 18 december 2020.

omstandigheden, zoals een verbeterde epidemiologische situatie en het afschalen van de maatregelen, aanzienlijke opschaling van fysieke onderwijs ook mogelijk is zonder een verplicht testbewijs in te voeren. Hieronder wordt verstaan een significante toename ten opzichte van de situatie waarin gemiddeld slechts een derde van het onderwijs fysiek kan worden verzorgd.

Gebruik van de grondslag mbo en ho aan te wijzen is ook niet aangewezen wanneer er een ander, minder ingrijpend alternatief voorhanden is dan de inzet van testbewijzen om verdergaande uitzonderingen te maken op de maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 en op die manier het voor instellingen mogelijk te maken meer fysiek onderwijs te kunnen geven en studenten beter in staat te stellen het onderwijs te benutten waar zij recht op hebben. Indien uit lopende experimenten in mbo en ho blijkt dat significante opschaling van fysiek onderwijs kan worden gerealiseerd zonder af te wijken van de maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19, dan heeft dat sterk de voorkeur boven de inzet van verplichte testbewijzen.

Op het moment dat mbo en ho zijn aangewezen als sectoren waar testbewijzen kunnen worden verplicht gelden twee extra randvoorwaarden.

Ten eerste zal een onderwijsinstelling er zorg voor moeten dragen dat er een testvoorziening beschikbaar is waar studenten laagdrempelig gebruik van kunnen maken. Laagdrempelig betekent in ieder geval dat voor de student geen kosten zijn verbonden aan het testen. Verder is de bereikbaarheid van de testvoorziening een belangrijk aandachtspunt. Voor de uitvoerbaarheid en de effectiviteit van de inzet van testbewijzen is tevens relevant hoe groot de testbereidheid onder studenten is. De testbereidheid is op zichzelf echter niet maatgevend. Bepalend is of over het geheel genomen een significante opschaling van het fysiek onderwijs kan worden gerealiseerd door de inzet van verplichte testbewijzen.

Ten tweede zal de onderwijsinstelling de toegankelijkheid moeten waarborgen van het onderwijs voor een student die geen testbewijs wil of kan tonen. Instellingen in het mbo en ho hebben de wettelijke taak onderwijs te verzorgen. Daarbij hebben zij de zorgplicht om rekening te houden met studenten met een extra ondersteuningsvraag alsmede met behoeften van studenten met een beperking. Dit brengt de opdracht met zich mee om ook tijdens de beperkingen die er zijn als gevolg van de coronacrisis, onderwijs voor alle studenten te realiseren, zij het met inachtneming van de geldende maatregelen ter bestrijding van covid-19. Wanneer testbewijzen worden voorgeschreven, kunnen onderwijsinstellingen significant meer fysiek onderwijs geven en worden zij geacht dat ook te doen, rekening houdend met de mogelijkheden en beperkingen van de individuele instelling, de inhoud en vormgeving van een opleiding en het type onderwijsactiviteiten. Dit laat onverlet dat er ook voor studenten zonder testbewijs toegang moet zijn tot het onderwijs. Daarom dient er een alternatief te zijn voor het onderwijs dat alleen met een testbewijs toegankelijk is. Dit kan zowel een fysiek alternatief zijn, met inachtneming van de geldende maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19, alsook een online alternatief. Het wetsvoorstel bevat de grondslag om bij en krachtens algemene maatregel van bestuur te bepalen hoe onderwijsinstellingen de toegankelijkheid van het onderwijs waarborgen.

In de situatie dat verplichte testbewijzen worden ingezet als middel om het fysieke onderwijs op te schalen, zullen studenten die wel en niet getest zijn, van elkaar gescheiden worden. Dat is noodzakelijk om besmettingsrisico's tegen te gaan en daarmee zijn de concrete omstandigheden per onderwijslocatie en het type onderwijsactiviteit in hoge mate bepalend voor de mate waarin een instelling fysiek onderwijs kan realiseren voor studenten die geen testbewijs hebben. Het kan daarom zo zijn dat een student zonder testbewijs meer aangewezen is op digitaal onderwijs. Uitgangspunt is dat niet enkel het bezit van een testbewijs bepalend is voor de vraag of een student fysiek of online onderwijs volgt; van instellingen wordt een zorgvuldige belangenafweging verwacht waarbij er aandacht is voor een aantal aspecten. Er kunnen immers andere factoren van belang zijn, zoals het type onderwijsactiviteit of een mogelijke extra ondersteuningsvraag van studenten die in het bijzonder gebaat zijn bij fysiek onderwijs gelet op bijzondere omstandigheden, zoals belemmeringen als gevolg van een functiebeperking, psychische klachten of familieomstandigheden. Belangrijk is dat de instelling binnen zijn capaciteiten en mogelijkheden inspanningen pleegt en afwegingen maakt om tot een goede verdeling te komen van de beschikbare capaciteit voor het geven van fysiek onderwijs. Om die reden zal bij lagere regelgeving worden bepaald op welke wijze de toegankelijkheid van het onderwijs in ieder geval gewaarborgd dient te worden voor de student zonder negatief testbewijs. Centraal staat dat de instelling bij de organisatie van het fysieke en het online onderwijs, en de verhouding tussen beide, rekening houdt met de aard van de onderwijsactiviteiten en aandacht heeft voor de positie van de student met een ondersteuningsvraag of andere bijzondere omstandigheden. De nadere invulling van de wijze waarop instellingen bij de inzet van verplichte testbewijzen toegankelijk onderwijs bieden aan studenten zonder testbewijs, laat onverlet de plicht die de instelling op grond van de Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB) dan wel de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) heeft om voor al haar studenten toegankelijk onderwijs te bieden. Een online alternatief kan het onderwijs toegankelijk maken voor de student, temeer daar de instelling ervoor dient te zorgen dat

dit alternatief kwalitatief aan de maat is en dat studenten voldoende digitale ondersteuning krijgen. Daarom zal bij lagere regelgeving tevens worden bepaald dat de instelling zorg draagt voor voldoende digitale ondersteuning bij afstandsonderwijs.

Een ander onderdeel van de verplichte waarborgen is dat de onderwijsinstelling duidelijk aan studenten communiceert over de inzet van testbewijzen en de gevolgen voor het onderwijs. Daarbij zal duidelijk gemaakt worden dat testen vrijwillig is en op welke manier onderwijs gegeven wordt aan studenten met en zonder testbewijs. Aldus kan de onderwijsinstelling laten zien hoe rekening wordt gehouden met de belangen van de studenten en welke afwegingen zijn gemaakt bij het organiseren van het onderwijs.

Door deze verplichte waarborgen omtrent de toegankelijkheid van het onderwijs zal de inzet van testbewijzen niet resulteren in de situatie dat de groep studenten met een testbewijs om die reden altijd fysiek onderwijs krijgt en een groep studenten zonder testbewijs die om die reden altijd digitaal onderwijs krijgt. Ook is te verwachten dat studenten zich de ene keer wel en de andere keer niet laten testen, waardoor de samenstelling van de groep studenten die fysiek onderwijs krijgen steeds wisselt. Per saldo zal de inzet van testbewijzen in ieder geval kunnen leiden tot een significante stijging van het aandeel fysiek onderwijs.

Zoals voor medewerkers in niet-essentiële sectoren geen testbewijs voorgeschreven zal worden, zal een testbewijs ook niet verlangd worden van onderwijspersoneel. Hetgeen hierboven is overwogen met betrekking tot de inzet van testbewijzen voor medewerkers, is ook van toepassing op personeel in het onderwijs. Daarom wordt hier korthedshalve verwezen naar paragraaf 2.2.

2.4 Geclausuleerde delegatiegrondslag

Voor de bestrijding van de epidemie van covid-19 moeten snel maatregelen getroffen kunnen worden die in de epidemiologische situatie van dat moment geboden zijn. Tegelijkertijd vergen deze vaak ingrijpende maatregelen democratische legitimatie en een wettelijke basis, temeer omdat er grondrechten in het geding zijn.

In enkele rechtszaken is ter discussie gesteld of de huidige Wpg een toereikende grondslag biedt voor het opleggen van een verplichting aan reizigers uit het buitenland om te beschikken over een testuitslag. In de uitspraak van 8 januari 2021 is de rechtbank Den Haag in kort geding tot het oordeel gekomen dat er een voldoende wettelijke basis is voor de maatregelen die door middel van een wijziging van de Trm daartoe zijn getroffen (ECLI:NL:RBDHA:2021:63, r.o. 4.7). De rechtbank overweegt dat een specifiekere omschreven wettelijke basis denkbaar en optimaliter ook wenselijk is, maar dat dit niet kan leiden tot de conclusie dat er sprake is van een *onmiskenbaar* onverbindende regeling (r.o. 4.3).

In zijn advies van 14 januari 2021 is de Gezondheidsraad van oordeel dat de huidige Wpg geen voldoende specifieke grondslag bevat voor het eisen van een testbewijs als voorwaarde voor toegang tot activiteiten en voorzieningen. Slechts als er een redelijk alternatief voorhanden is bij het niet kunnen of willen tonen van een testbewijs, zoals toegang tot de activiteiten of voorziening met extra beschermingsmaatregelen, kan volgens de Gezondheidsraad de inzet van een testbewijs ook via een ministeriële regeling op grond van de huidige Wpg worden gerealiseerd.

Het is van belang boven elke twijfel te verheffen dat een adequate basis bestaat voor het stellen van regels over de inzet van testbewijzen. Daarom wordt, naar analogie met artikel 58p Wpg ten aanzien van personenvervoer, met dit wetsvoorstel voorzien in een expliciete juridische grondslag voor de inzet van een testbewijs in het kader van de maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 op grond van hoofdstuk Va Wpg. De rechtbank Den Haag oordeelde 28 januari 2021 in kort geding dat er geen grond bestaat artikel 58p, leden 3 tot en met 5, Wpg onverbindend te verklaren (ECLI:NL:RBDHA:2021:600).

Dit wetsvoorstel bevat de wettelijke verankering van een geclausuleerde delegatiegrondslag om bij het treffen van maatregelen testbewijzen te vereisen. Dat wil zeggen dat in een ministeriële regeling met maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 tevens voorschriften kunnen worden gegeven omtrent de inzet van testbewijzen. Voor het stellen van dergelijke voorschriften moet voldaan zijn aan de bij wet gestelde voorwaarden. Daarbij wordt gepreciseerd voor welke sport- en jeugdactiviteiten, culturele instellingen, evenementen, restaurants en overige horeca testbewijzen ingezet kunnen worden. Om testbewijzen te kunnen inzetten in mbo en ho, is eerst een algemene maatregel van bestuur, inclusief een voorhangprocedure bij het parlement en advisering door de Afdeling advisering van de Raad van State nodig, waarin (onderdelen van) mbo en ho expliciet worden aangewezen en waarmee aldus een extra waarborg is geschapen voor een zorgvuldige besluitvorming.

Op een ministeriële regeling voor de inzet van testbewijzen is het regime van toepassing zoals neergelegd in hoofdstuk Va Wpg. Dit betekent dat voorschriften slechts worden gegeven als dat gelet op de ernst van de bedreiging van de volksgezondheid noodzakelijk is, in overeenstemming is met de uitgangspunten van de democratische rechtsstaat en gelet op de bestrijding van de epidemie van covid-19 de uitoefening van grondrechten zo min mogelijk en op evenredige wijze beperkt (artikel 58b, tweede lid, Wpg). Bij deze toets zal eveneens rekening worden gehouden met de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van de regels uit de tot stand te brengen ministeriële regeling.

De inbedding in hoofdstuk Va Wpg impliceert dat de andere kaders voor het treffen van maatregelen onverkort gelden. Zonder daar verder over uit te wijden, worden hier genoemd de toepasselijkheid – met inachtneming van de specifieke bepalingen in hoofdstuk VIIa Wpg en de vangnetbepaling artikel 58ca Wpg – in de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba, de rol van de burgemeester onder meer wat betreft het verlenen van ontheffingen (artikel 58e Wpg) en de positie van de voorzitter van de veiligheidsregio (artikel 58d Wpg) alsmede de mogelijkheid om bij het stellen van voorschriften in een ministeriële regeling te differentiëren, bijvoorbeeld tussen personen op basis van hun leeftijd zodat jeugdigen kunnen worden uitgezonderd van een verplicht testbewijs of tussen Europees Nederland en Caribisch Nederland en de eilanden onderling (artikel 58e, eerste lid, Wpg). Omdat de afname van een test meer belastend is voor jeugdigen, ligt het in de rede om een leeftijdsgrens stellen een verplicht testbewijs. Bij personenvervoer uit het buitenland ligt deze grens thans bij twaalf jaar (artikel 6.7a, 6.7b en 6.7c Trm). Deze leeftijdsgrens is eveneens relevant bij de legitimatie van de toonder van het testbewijs. Een minderjarige kan vanaf de leeftijd van twaalf jaar zelfstandig een identiteitsbewijs aanvragen en verkrijgen (artikel 34, zesde lid, Paspoortwet). De algemene toonplicht van een identiteitsbewijs geldt voor een ieder die de leeftijd van 14 jaar heeft bereikt (artikel 2 Wet op de identificatieplicht). Er bestaan daarnaast bijzondere identificatieplichten. Zo moeten twaalf- en dertienjarigen zich kunnen identificeren in het openbaar vervoer (artikel 92 Wet personenvervoer 2000). Op grond van dit wetsvoorstel zal ook een legitimatie kunnen worden verlangd van minderjaren tot de leeftijd van 14 jaar.

Eveneens van toepassing zijn de procedurele vereisten, zoals betrokkenheid van de ministerraad en het parlement (artikel 58c Wpg). Uitgangspunt is dat een ministeriële regeling niet eerder in werking treedt dan een week na overlegging aan het parlement. De regeling vervalt van rechtswege indien binnen die termijn de Tweede Kamer besluit er niet mee in te stemmen. In het wetsvoorstel is een bepaling opgenomen dat de algemene maatregel van bestuur waarmee mbo en ho kunnen worden aangewezen als sectoren waarvoor een testbewijs verplicht kan worden, niet eerder kan worden voorgedragen dan een week nadat het ontwerp aan beide Kamers van de Staten-Generaal is overgelegd.

De inbedding in hoofdstuk Va Wpg betekent voorts dat de geclausuleerde delegatiegrondslagen zelf tijdelijk zijn. Hoofdstuk Va en artikel 68bis Wpg vervallen immers telkens na ten hoogste drie maanden, tenzij – na voorhang bij het parlement – besloten wordt tot gehele of gedeeltelijke verlenging met ten hoogste drie maanden (artikel VIII Tijdelijke wet maatregelen covid-19).

Behalve de bovengeschetste algemene kaders die reeds met hoofdstuk Va Wpg gegeven zijn, verbindt het wetsvoorstel enkele specifieke voorwaarden aan het vaststellen van nadere regelgeving voor de inzet van testbewijzen. Deze voorwaarden zijn ontleend aan het advies van de Gezondheidsraad, zoals hierboven beschreven. Het betreft de noodzakelijkheid, effectiviteit, subsidiariteit en proportionaliteit alsmede het voorzorgsbeginsel ten aanzien van ongewenste maatschappelijke effecten (artikel 58rb Wpg). De bescherming van (bijzondere) persoonsgegevens vloeit al voort uit de toepasselijke wettelijke voorschriften, zodat het overbodig is deze door de Gezondheidsraad genoemde voorwaarde als vereiste op te nemen in het wetsvoorstel. In monitoring en evaluatie is reeds voorzien via de maandelijkse rapportage aan het parlement over de maatregelen die op basis van hoofdstuk Va Wpg zijn getroffen (artikel 58s Wpg). Het belang van goede publieksvoorlichting spreekt voor zich en hoeft niet tot uitdrukking te worden gebracht in de wettekst.

De eisen die het wetsvoorstel stelt voor de inzet van testbewijzen, wegen zwaarder voor een essentiële sector als het onderwijs. Gebleken moet zijn dat er als gevolg van de maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 er toch sprake is van een onaanvaardbaar tekort aan fysiek onderwijs, hoezeer bij het treffen van de maatregelen bijvoorbeeld door middel van uitzonderingen ook rekening is gehouden met de specifieke kenmerken van de onderwijssector en ondanks alle alternatieven die zijn toegepast, beproefd en onderzocht.

Voor het onderwijs gelden daarnaast twee aanvullende eisen. Voordat ter verbetering van de toegang tot fysiek onderwijs overgegaan kan worden tot het verplichten van testbewijzen, zullen onderwijsinstellingen maatregelen moeten hebben getroffen waarmee zij de toegankelijkheid van het onderwijs waarborgen voor studenten die geen testbewijs kunnen tonen. Daarnaast dienen onderwijsinstellingen zorg te dragen voor een toegankelijke testvoorziening waar studenten zich kunnen laten testen op besmetting met het coronavirus.

2.5 Caribisch Nederland

Hoofdstuk Va Wpg, inclusief de nieuwe paragraaf 3a, is ook van toepassing in de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba. Gezien de grote feitelijke en epidemiologische verschillen tussen Europees Nederland en Caribisch Nederland en tussen de eilanden onderling is het wenselijk dat er voldoende ruimte is voor differentiatie. Bij de toepassing van de voorwaarden van de geclausuleerde delegatiegrondslag zal specifiek aandacht worden besteed aan Caribisch Nederland. De feitelijke en epidemiologische situatie in Caribisch Nederland verschilt van die van Europees Nederland. Daarnaast zijn er ook grote verschillen tussen de eilanden. Per eiland moet dus worden gezien of het verdedigbaar en uitvoerbaar is om een testbewijs te vragen en welke eisen moeten gelden. In overleg met de eilanden wordt besloten of daar gebruik gemaakt zal worden van de mogelijkheid tot inzet van testbewijzen en op welke manier dit vormgegeven kan worden. Dit kan anders zijn dan de regeling die tot stand wordt gebracht voor Europees Nederland. Zo zijn op Bonaire bijvoorbeeld vrijwel alle locaties waar evenementen worden georganiseerd in de open lucht en via meerdere plaatsen op het terrein te betreden, waardoor controle lastig uitvoerbaar is. Dit vraagt om andere voorschriften dan worden gesteld voor Europees Nederland. Ook eventuele experimenten in Caribisch Nederland zullen anders van opzet zijn dan in Europees Nederland, zodat zinvolle praktijktesten gedaan kunnen worden.

De in dit wetsvoorstel opgenomen grondslag om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur (delen van) mbo of ho te kunnen aanwijzen als sector waar testbewijzen kunnen worden verplicht, ziet tevens op Caribisch Nederland. In Caribisch Nederland is er een onderwijsinstelling voor ho, te weten Saba University School of Medicine. Voor mbo zijn er drie scholen; een op elk van de eilanden. Alvorens bij of krachtens algemene maatregel van bestuur onderwijs op Caribisch Nederland aan te wijzen, zal overleg plaatsvinden met de eilanden over de mogelijkheid tot inzet van testbewijzen en op welke manier dit vorm gegeven kan worden.

2.6 Inzet testbewijzen

In de kern komt de inzet van een testbewijs erop neer dat het tonen van zo'n bewijs een voorwaarde is voor het deelnemen aan activiteiten of de toegang tot voorzieningen. Het testbewijs dient – samen met een identiteitsbewijs – te worden getoond aan de organisator die verplicht is erom te vragen en het te controleren. Personen die geen testbewijs kunnen of willen tonen, mogen niet deelnemen aan die activiteiten of wordt de toegang tot de desbetreffende voorzieningen ontegd. De organisatie die verantwoordelijk is voor de activiteit of de voorziening, is daartoe verplicht. Uiteraard worden aan het testbewijs eisen gesteld. Het zal een voldoende actuele en betrouwbare indicatie moeten geven van de besmetting met coronavirus. Negatieve testuitslagen zijn wat dat betreft het meest eenvoudig te interpreteren. Vooralsnog zullen testbewijzen voornamelijk gebaseerd worden op negatieve testuitslagen. Het is echter ook mogelijk dat op basis van een positieve testuitslag vastgesteld zal kunnen worden dat iemand niet besmettelijk is. In deze memorie van toelichting wordt daarom meestal in meer algemene zin gesproken van testuitslagen, testresultaten en testbewijzen.

Om testbewijzen in te kunnen zetten, zijn om te beginnen voldoende geschikte testen nodig. Het gaat dan om zowel het soort testen en teststrategieën, als de testcapaciteit. Vervolgens moeten op basis van testuitslagen testbewijzen gemaakt en gecontroleerd kunnen worden. Deze onderwerpen worden in de paragrafen 2.7 t/m 2.9 uitgewerkt.

2.7 Testen en teststrategieën

De Gezondheidsraad onderkent in zijn advies van 14 januari 2021 dat de ideale test op (naderende) besmettelijkheid niet bestaat. De besmetting met het coronavirus loopt immers niet parallel aan de besmettelijkheid. De testen die worden gebruikt moeten wel voldoende betrouwbaar zijn om de kans vast te stellen dat iemand besmettelijk is voor anderen. De betrouwbaarheid van testuitslagen, en daarmee de effectiviteit van testbewijzen, hangt af van de sensitiviteit, specificiteit, positief voorspellende waarde en negatief voorspellende waarde in relatie tot de epidemiologische situatie en de teststrategie. Het is dus niet op voorhand te bepalen welke testen nodig zijn.

Bij het bepalen van de mogelijke inzet van testbewijzen zal steeds rekening gehouden moeten worden met de concrete toepassing van het testbewijs. Het risico op verspreiding van het coronavirus wordt mede bepaald door het type activiteiten of voorzieningen. Het maakt verschil of men actief of passief is, of het een locatie binnen of buiten betreft en om hoeveel mensen het gaat. Er zijn situaties waarin een hoog sensitieve test aangewezen is, terwijl in andere situaties een minder sensitieve test volstaat.

Bovendien heeft een negatieve testuitslag altijd slechts een beperkte geldigheidsduur waarbinnen een valide uitspraak gedaan kan worden over de besmettelijkheid van een persoon. Het Outbreak Management Team (OMT) adviseerde op 15 februari 2021 om voor eenmalige activiteiten waarbij testbewijzen worden gevraagd een geldigheid van het testbewijs van een sneltest aan te houden van

maximaal 24 uur gerekend van testafname tot aan het einde van de activiteit. Voor deelname aan onderwijs acht het OMT regelmatig testen met een frequentie van 1 à 2 keer per week een waarschijnlijk realistischer, maar niet waterdichte teststrategie.

Bij een eenmalige activiteit gaat de voorkeur uit naar de sneltesten met een hoge(re) sensitiviteit. Bij frequent testen is de testfrequentie belangrijker dan de sensitiviteit van de gebruikte test. Volgens het OMT geldt voor zowel doorlopende als voor kortdurende activiteiten dat negatieve testuitslagen de aanwezigheid van een a- of presymptomatisch besmettelijk persoon niet volledig kan uitsluiten. Er kan dus – indien een niet-gedetectedeerd maar wel besmettelijk persoon deelneemt – overdracht optreden. Dit risico dient helder gecommuniceerd te worden aan de deelnemers van de activiteit, waarbij ook duidelijk wordt gemaakt dat het belangrijk is dat men zich houdt aan de dan algemeen geldende maatregelen om transmissie van het coronavirus te voorkomen. Het OMT vraagt tot slot aandacht voor duidelijke communicatie met betrekking tot geldigheidsduur van verschillende sneltesten, zoals de antigeensneltest, in vergelijking met de norm die voor de polymerase chain reaction test (PCR-test) gehanteerd wordt in de Fieldlabs, waar een geldigheid van 48 uur wordt aangehouden.

In concreto zal telkens een actuele beoordeling moeten plaatsvinden van de geschikte testmethode en teststrategie, gegeven de epidemiologische situatie en de geldende maatregelen op het moment dat besloten wordt testbewijzen daadwerkelijk in te zetten. Voor het testen zal zowel gebruik worden gemaakt van antigeentesten als andere typen snelle testmethoden met een sensitiviteit die vergelijkbaar is met de PCR-test. Idealiter zouden verschillende typen testen en de geldigheid dan ook gekoppeld kunnen worden aan verschillende typen activiteiten. Dit zal leiden tot veel complexiteit. Vanuit het oogpunt van uitvoerbaarheid heeft het kabinet dan ook een voorkeur om geen onderscheid te maken in geldigheidsduur van een testuitslag. Zolang voor eenmalige activiteiten een geldigheidsduur van 48 uur of meer niet verantwoord is te achten, is het praktisch nut van de inzet van testbewijzen in niet-essentiële sectoren gegeven de thans beschikbare type testen waarschijnlijk gering.

Ook de voor- en nadelen van een teststrategie met verschillende testfrequenties voor onderwijs zullen tegen het licht gehouden worden. Hoeveel er precies getest zou moeten worden, hangt af van het specifieke type onderwijs en het aantal dagen dat men onderwijs volgt. Daarnaast vergt frequenter testen ook meer organisatorische inzet. In de praktijk kan met de inzet van andere maatregelen, zoals het werken met zogenaamde 'bubbels' van studenten en medewerkers, en vaste looproutes binnen de gebouwen, de verspreiding van het virus in die situaties verder worden beperkt om de veiligheid te vergroten.

De besluitvorming over testmethode en -strategie zal, zoals gebruikelijk bij de toepassing van de routekaart, continu plaatsvinden op basis van advisering door het OMT. Door de systematiek van de routekaart als richtsnoer te gebruiken en de inzet van testbewijzen bij ministeriële regeling te bepalen, vindt een doorlopende afweging plaats van de inzet van testbewijzen waarbij steeds rekening wordt gehouden met de verschillende type activiteiten en voorzieningen. Bij deze afweging zal rekening worden gehouden met het afwegingskader dat de Gezondheidsraad in zijn advies heeft opgenomen. Het testbewijs biedt daarmee een extra instrument dat kan worden meegenomen om mede afhankelijk van risiconiveau met betrekking tot de verspreiding van het coronavirus per type activiteit of voorziening een gepast maatregelenpakket te treffen.

2.8 Testcapaciteit

Bij de besluitvorming over de daadwerkelijke inzet van testbewijzen speelt de beschikbare testcapaciteit een belangrijke rol. Op dit moment wordt er langs twee sporen getest. Spoor 1 bestaat uit testen om het virus op te sporen en te bestrijden. Deze testen worden uitgevoerd door de GGD'en en zijn bestemd voor mensen met klachten en andere groepen met een hoog risico op besmetting. Zij moeten zich zo snel mogelijk kunnen laten testen. Binnen spoor 1 moet ook ruimte zijn voor (groot-schalig) risicogericht testen in gebieden en scholen bij hoge infectiedruk. Spoor 2 bestaat uit testen voor het openen van de samenleving. Hiermee kan stapsgewijs toegang tot het sociale en economische leven eerder veilig mogelijk worden gemaakt. In dit kader stellen werkgevers testen beschikbaar voor hun werknemers. Ook worden testen beschikbaar gesteld voor het onderwijs. Daarnaast wordt speciaal testcapaciteit opgebouwd voor de inzet van testbewijzen voor sport- en jeugdactiviteiten, culturele instellingen, evenementen, restaurants en overige horeca.

Hoewel de doelgroepen van de sporen 1 en 2 strikt van elkaar gescheiden zijn, bestaat er wel een wisselwerking. Een testuitslag van de GGD kan ook gebruikt worden als een testbewijs. Andersom biedt testen om een testbewijs te verkrijgen ook zicht op verspreiding van het virus. Benadrukt wordt echter dat de kerntaak van de GGD bij testen de bestrijding van het virus blijft.

Ondanks dat er aanvullende testcapaciteit voor spoor 2 wordt gerealiseerd, zal het aantal testen dat kan worden afgenomen altijd begrensd zijn. Daarom is het noodzakelijk om in de ministeriële regeling

meer precies af te bakenen voor welke sport- en jeugdactiviteiten, culturele instellingen, evenementen, restaurants en overige horeca een testbewijs ingezet zal kunnen worden. Daarbij zal een prioritering aangebracht worden, alleen al omdat de testcapaciteit voor deze sectoren nog in opbouw is. Voor- komen dient te worden dat de vraag naar testbewijzen het aanbod van testen overstijgt.

Wanneer mbo en ho bij algemene maatregel van bestuur worden aangewezen, kunnen testbewijzen daar slechts worden ingezet indien de onderwijsinstelling zorg heeft gedragen voor de beschikbaar- heid van een testvoorziening voor zijn studenten. Anders wordt een testbewijs verplicht, terwijl men daar niet aan kan voldoen. De testvoorziening hoeft niet noodzakelijkerwijs een faciliteit in eigen beheer te zijn. Instellingen zullen ondersteund worden bij de inrichting van een testvoorziening. De nadere prioritering binnen sport- en jeugdactiviteiten, culturele instellingen, evenementen, restaurants en overige horeca alsmede mbo en ho hangt mede af van alle hierboven onder *Testen en teststrategieën* beschreven omstandigheden ten tijde van de invoering van het testbewijs.

2.9 Testbewijzen

Zodra de testuitslag beschikbaar is, ontvangt de geteste persoon hiervan een bericht. Met de testuitslag kan de geteste persoon een digitaal testbewijs genereren met een applicatie die daar speciaal voor gemaakt is (CoronaCheck). Desgewenst kan de geteste persoon het testbewijs ook op papier ontvangen.

Het testbewijs wordt getoond aan de organisatie die verantwoordelijk is voor de activiteiten waar de geteste persoon aan wil deelnemen of de voorzieningen waarvan hij gebruik wenst te maken. Het testbewijs bestaat uit een machine-leesbare code waarin alleen de gegevens over de testuitslag zijn verwerkt die nodig zijn om vast te stellen dat sprake is van een geldig testresultaat. Er worden tevens enkele summier persoonsgegevens verstrekt waarmee in combinatie met een identiteitsbewijs kan worden nagegaan of de testuitslag betrekking heeft op de persoon die het testbewijs toont.

Het controleren van het testbewijs geschiedt ook met een speciale applicatie (CoronaCheck Scanner). Deze applicatie leest de code en toont kortstondig op het beeldscherm of er al dan niet een geldig testresultaat is en de summier identificerende gegevens. Er worden geen gegevens vastgelegd.

Om langs digitale weg te voldoen aan de verplichting tot het tonen van een testbewijs worden van overheidswege applicaties (CoronaCheck en CoronaCheck Scanner) beschikbaar gesteld. Tegen de achtergrond van de risico's van de verspreiding van het coronavirus en de naar verwachting relatief korte periode waarin testbewijzen verplicht zullen worden, is het van groot belang dat het voor iedereen direct volstrekt duidelijk is welke applicaties geschikt zijn. Het digitale testbewijs en de applicaties zijn zodanig ontworpen dat de betrouwbaarheid van het testbewijs is geborgd, dat de verwerking van persoonsgegevens tot het minimum wordt beperkt en dat de kans op systematische fraude wordt verkleind. Doordat de van overheidswege beschikbaar gestelde applicaties aan deze voorwaarden voldoen, kan men erop vertrouwen dat testbewijzen op deugdelijke wijze getoond en gecontroleerd worden.

De ontwikkeling van digitale ondersteuning van het testbewijs is door de overheid ter hand genomen. Uit het wettelijk verplichten een testbewijs te kunnen tonen, volgt een zorgplicht bij de overheid om de veiligheid, privacybescherming en betrouwbaarheid van testbewijzen te garanderen. Dit kan ook aan de markt overgelaten worden. Daartoe is nodig dat eisen worden gesteld aan marktpartijen en producten, alsmede dat aan deze eisen wordt getoetst en dat op de naleving ervan toezicht wordt gehouden. De voorbereiding en inrichting van zo'n stelsel kost tijd. Bovendien is hierbij afstemming nodig op de standaarden die momenteel in internationaal en EU-verband worden ontwikkeld om de interoperabiliteit te waarborgen. Gelet op de brede maatschappelijk wens om de samenleving zo snel mogelijk op verantwoorde wijze te heropenen, is snelheid bij de ontwikkeling van de applicaties geboden. Daarom zullen voorshands alleen de van overheidswege beschikbaar gestelde applicaties worden gebruikt. Denkbaar is echter dat in een volgende fase, waarin het gebruik van elektronisch testbewijs voor langere tijd nodig blijkt en er meer zicht en grip op de (ICT-technische) ontwikkelingen bestaat, wordt gezien hoe een stelsel kan worden ingericht waarbij een breder scala aan (ook private) applicaties toegelaten kan worden. Wanneer dat aan de orde is, zal hiertoe een wijzigingswet worden ingediend. Om ruimte voor ontwikkeling mogelijk te maken, worden de van overheidswege beschik- baar gestelde applicaties transparant en in open source ontwikkeld en wordt de broncode ter beschikking gesteld aan andere partijen en staten.

Vooralsnog kan alleen met een digitaal testbewijs via de speciale applicatie (CoronaCheck) of een testbewijs op papier met een machine-leesbare code toegang worden verkregen tot de activiteiten en voorzieningen waar een testbewijs is verplicht. Onderzocht wordt de mogelijkheid om een testbewijs op te nemen in een microprocessorchip die contactloos uitgelezen kan worden met Near Field Communication (NFC). Het wetsvoorstel bevat de grondslag om bij ministeriële regeling mogelijk te maken dat een dergelijke drager kan worden aangewend voor een testbewijs. Wanneer van deze grondslag gebruik gemaakt wordt, zal de applicatie voor het lezen van testbewijzen (CoronaCheck Scanner) worden uitgebreid met de functionaliteit om het testbewijs op zo'n smartcard te lezen. De gegevens die verwerkt worden, zijn hetzelfde als bij een digitaal testbewijs dat met de speciale

applicatie (CoronaCheck) is gemaakt, of een testbewijs op papier.

3. Gevolgen

Al vanaf het begin van de bestrijding van de epidemie van covid-19 wordt er voortdurend een afweging gemaakt tussen het indammen van het coronavirus en het openhouden van de samenleving. Dat is met de inzet van het testbewijs niet anders. Ook het negatief testbewijs maakt niet dat het risico op verspreiding nihil zal zijn. In combinatie met de andere maatregelen van de routekaart, wordt continu het evenwicht gezocht tussen enerzijds een aanvaardbaar risico op verspreiding van het coronavirus en anderzijds het bieden van vrijheden en het verminderen van de negatieve effecten van de maatregelen ter bestrijding van het virus. De inzet van het testbewijs bij sport- en jeugdactiviteiten, culturele instellingen, evenementen, restaurants en overige horeca zal naar verwachting een positief effect hebben op de economie alsmede op de volksgezondheid en het welzijn. Indien mbo en ho worden aangewezen, zal de inzet van het testbewijs tevens bijdragen aan het mentale welzijn van studenten, waardoor negatieve gevolgen daarvan zoals studievertraging en de daarmee gepaard gaande gevolgen op langere termijn, verminderen.

De negatieve neveneffecten van de inzet van testbewijzen zullen naar verwachting beperkt zijn. In het onderwijs zal ervoor gewaakt moeten worden dat studenten die geen testbewijs kunnen of willen tonen niet achtergesteld worden. Daarom is voorzien in een grondslag om regels te stellen over de wijze waarop de onderwijsinstelling de toegankelijkheid van het onderwijs waarborgt voor een student die geen testbewijs kan tonen. Uitgangspunt is dat niet enkel het bezit van een negatief testbewijs bepalend is voor de vraag of een student fysiek of online onderwijs volgt; van instellingen wordt een zorgvuldige belangenafweging verwacht waarbij er aandacht is voor specifieke onderwijsstypen en studenten met een ondersteuningsvraag. Bij toepassing in de niet-essentiële sectoren sport- en jeugdactiviteiten, culturele instellingen, evenementen, restaurants en overige horeca zijn de consequenties van het niet kunnen tonen van een testbewijs gelet op de aard van de activiteiten en voorzieningen minder verstrekkend. Daarom is voor die sectoren een waarborg in de zin van een alternatieve wijze van dienstverlening, niet vereist. Wel zal door middel van voorlichting geanticipeerd moeten worden op het bewaren van voldoende draagvlak voor de maatregelen tegen de verspreiding van het coronavirus die ondanks de inzet van testbewijzen zullen kunnen gelden. Er zal telkens duidelijk gemaakt worden voor welke activiteiten en voorzieningen testbewijzen wel en niet verplicht zijn en welke maatregelen dan nog meer gelden.

In dit verband wordt opgemerkt dat het wetsvoorstel in het kader van het treffen van maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 de bevoegdheid creëert een wettelijke verplichting in te voeren tot het tonen van een testbewijs. Het wetsvoorstel heeft geen gevolgen voor de mogelijkheid om een testuitslag of een testbewijs te vragen wanneer dat niet wettelijk verplicht is. Er is geen wettelijke grondslag nodig om een toelatingsbeleid te voeren en op basis daarvan klanten of bezoekers te weigeren, binnen de grenzen van de wet. In beginsel kan een testuitslag of een testbewijs worden verlangd. Deze mogelijkheid wordt echter begrensd door het recht op gelijke behandeling, de bescherming van de privacy en de lichamelijke integriteit. De Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) verbiedt het maken van direct of indirect onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen of diensten (artikel 7 Awgb). Deze aspecten spelen geen rol bij het testen zelf, zodat niet snel sprake zal zijn van direct onderscheid. Afhankelijk van de omstandigheden en gevolgen kan het verlangen van een testuitslag mogelijk wel een indirect onderscheid opleveren, hetgeen rechtvaardiging behoeft. Bij het enkel tonen en lezen van een testuitslag vindt geen verwerking van persoonsgegevens plaats. Er is wel een juridische grondslag nodig voor de verwerking van deze bijzondere persoonsgegevens indien de inzet van testbewijzen te herleiden is tot de desbetreffende persoon. Daarvan is in ieder geval sprake als de testuitslag wordt geregistreerd. De verwerking van persoonsgegevens over gezondheid is in beginsel verboden. Dit verbod kan slechts worden opgeheven wanneer aan een van de voorwaarden genoemd in de artikelen 6, eerste lid, en 9, tweede lid, van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) dan wel artikel 21 of 23 van de Wet bescherming persoonsgegevens BES (Wbp BES) is voldaan. Eén van die mogelijkheden is dat de verwerking is gebaseerd op uitdrukkelijke toestemming van betrokkene. De toestemming moet dan wel vrijelijk zijn gegeven. De beoordeling van de vrijelijkheid van de toestemming is naar haar aard feitelijk en casuïstisch van aard, maar zal in veel gevallen uitwijzen dat er geen ruimte is voor onverplicht toelatingsbeleid en dus ook niet voor gebruik van het testbewijs.⁴ Het niet krijgen van toegang zal vaak gezien worden als een nadeel dat afbreuk doet aan de vrijelijkheid, zeker wanneer het toegang tot een essentiële voorziening betreft. Daar komt bij dat

⁴ Zie in dit verband in het bijzonder overweging 42 bij de AVG en de guideline van de European Data Protection Board (EDPB) over toestemming: (https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf).

naar mate meer organisaties toelatingsbeleid gaan voeren de ruimte voor vrije keuze en dus de ruimte voor het voeren van onverplicht toelatingsbeleid steeds verder afneemt. Voorts zal geldige toestemming in de zin van de AVG in de praktijk vrijwel uitgesloten worden geacht in een afhankelijkheidsrelatie zoals doorgaans aan de orde ten aanzien van medewerkers.

4. Verhouding tot andere regelgeving

4.1 Grond- en mensenrechten

De inzet van testbewijzen raakt aan grondrechten. Gelet op de Grondwet en de Europese en internationale mensenrechtenverdragen is daarvoor een wettelijke basis nodig, waarbij ook uitdrukkelijk inhoudelijke criteria worden opgenomen om voorzienbaar te maken welke maatregelen in lagere regelgeving kunnen worden getroffen. Dit wetsvoorstel sluit aan bij het gelaagd systeem van regelgeving en uitvoering dat reeds is opgenomen in hoofdstuk Va Wpg, waarbij telkens de vereiste noodzakelijkheid en proportionaliteit van de maatregelen worden beoordeeld.

De Nederlandse overheid is verplicht om maatregelen te treffen ter bevordering van de volksgezondheid (artikel 22 van de Grondwet). De strekking van dit grondrecht komt overeen met wat is bepaald in internationale verdragen, zoals artikel 12 van het Internationaal verdrag inzake economische en sociale en culturele rechten (IVESCR), artikel 11 van het Europees Sociaal Handvest, artikel 35 van het Europees Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (EU-Handvest) en, daar waar het gaat om de bescherming van het recht op leven, artikel 2 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mensen en de fundamentele vrijheden (EVRM). Er is dus een grond- en mensenrechtelijke opdracht voor de overheid om op te treden ter bescherming van de volksgezondheid. De inzet van een testbewijs draagt daaraan bij. Bij het treffen van maatregelen ter bestrijding van de epidemie covid-19 kan een testuitslag verlangd worden. Het doel is te voorkomen dat het coronavirus zich verspreidt onder deelnemers aan activiteiten of gebruikers van voorzieningen.

Maatregelen ter bestrijding van de epidemie, zoals de inzet van testbewijzen, kunnen tot gevolg hebben dat andere grond- en mensenrechten worden ingeperkt. De grondrechtelijke aspecten van dergelijke maatregelen zijn in hun algemeenheid reeds uitvoerig beschreven in de memorie van toelichting bij de Tijdelijke wet maatregelen covid-19 (Kamerstukken II 2019/20, 35 526, nr. 3, blz. 28 e.v.). Daar is ingegaan op de persoonlijke levenssfeer, het vergaderen, betogen en belijden van godsdienst en levensovertuiging, de vrijheid van verplaatsing, het eigendomsrecht, de onderwijsvrijheid, (leeftijds)differentiatie, kinderrechten en de rechten van personen met een handicap. De mogelijkheid om op grond van dit wetsvoorstel bij dergelijke maatregelen rekening te houden met het al dan niet beschikken over een testbewijs, heeft daarnaast gevolgen voor de lichamelijke integriteit van de personen die aan bepaalde activiteiten willen deelnemen of toegang willen hebben tot voorzieningen (door het ondergaan van de testen) en het recht op privacy (bij het tonen van het testbewijs). Deze grondrechten zijn vastgelegd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 8 EVRM. Ook raakt dit aan het in artikel 2 van het Vierde Protocol bij het EVRM neergelegde recht op bewegingsvrijheid. Daarnaast is de gelijke behandeling in het geding (als gevolg van het al dan niet beschikken over een testbewijs). Dit grondrecht is vastgelegd in artikel 1 van de Grondwet en artikel 14 EVRM. In deze toelichting wordt de beperking van deze grondrechten in algemene zin gemotiveerd. Wanneer de inzet van testbewijzen bij het treffen van maatregelen ter bestrijding van de epidemie covid-19 daadwerkelijk aan de orde is, zal gebruik gemaakt worden van de geclausuleerde delegatiegrondslag, waarbij in de toelichting de rechtvaardiging van de beperking van de grondrechten naar de concrete, actuele omstandigheden gegeven zal worden.

De artikelen 10 en 11 van de Grondwet staan bij of krachtens wet beperkingen toe op de onaantastbaarheid van het lichaam en de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Beperkingen van de grondrechten op lichamelijke integriteit en privacy zoals neergelegd in artikel 8 EVRM zijn toegestaan als zij bij wet zijn voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Bij het invullen van hun verplichtingen onder artikel 8 EVRM hebben verdragspartijen een zekere beoordelingsruimte ('margin of appreciation').

De beperkingen die dit wetsvoorstel kunnen opleveren worden gerechtvaardigd vanuit de bescherming van de gezondheid. Onderdeel van de grondwettelijke plicht de volksgezondheid te bevorderen, is de bestrijding van infectieziekten. In casu is sprake van een epidemie van een groep A-infectieziekte. De ernst en de gevolgen van de epidemie van covid-19 zijn bijzonder indringend voor zowel individuen, als de samenleving. De ziekte covid-19 kan luchtwegklachten veroorzaken en in ernstige gevallen ademhalingsproblemen. Mensen kunnen ernstig ziek worden en overlijden ten gevolge van het virus, dat zich zeer snel kan verspreiden. Het aantal ziekenhuisopnames en opnames op de

intensive care in verband met covid-19 kan zeer omvangrijk worden en reguliere zorg verdringen.

Gelet op de vaste jurisprudentie over het EVRM en andere internationale mensenrechtenverdragen kent de beoordeling van noodzakelijkheid verschillende aspecten: elke beperkende maatregel moet geschikt zijn om het doel te bereiken en er dient geen minder vergaande maatregel mogelijk te zijn waarmee hetzelfde doel bereikt kan worden (ook aangeduid als subsidiariteit). Daarnaast moet het met de maatregel gediende belang in verhouding zijn met de beperking en mogen er voor belanghebbenden geen onevenredig nadelige gevolgen zijn (ook aangeduid als proportionaliteit). In algemene zin is de inzet van testbewijzen een geschikt middel om de verspreiding van het coronavirus tegen te gaan, aangezien daarmee de kans op transmissie van het virus tussen de deelnemers aan de activiteiten en de gebruikers van de voorzieningen beperkt wordt. Verder worden testbewijzen juist ingezet om meer ingrijpende maatregelen te versoepelen en sneller los te laten (bij het afschalen) of maatregelen minder ingrijpend te laten zijn en later in te voeren (bij het opschalen). Dit komt de subsidiariteit binnen het maatregelenpakket ter bestrijding van de epidemie van covid-19 ten goede. Aan de eisen van proportionaliteit is voldaan door de inzet van testbewijzen uitsluitend mogelijk te maken in niet-essentiële sectoren en, indien extra maatregelen zijn getroffen, daarnaast voor het onderwijs. In dit verband wordt opgemerkt dat de beperking van genoemde grondrechten als gevolg van de inzet van testbewijzen om de volgende redenen relatief gering is. Afhankelijk van het type test is het afnemen ervan niet of nauwelijks invasief. Een ademtest bijvoorbeeld is niet invasief en een PCR-test is over het algemeen nauwelijks invasief, zij het dat dit afhankelijk van persoonlijke omstandigheden in individuele gevallen anders kan liggen. Testen zullen ook niet hoogfrequent worden afgenomen, maar eenmalig of 1 à 2 keer per week. De inzet van testbewijzen is een tijdelijke maatregel. Verder kunnen waar mogelijk voor personen die geen testbewijs kunnen of willen tonen, alternatieven worden gecreëerd voor deelname aan activiteiten of toegang tot voorzieningen. Hetzij fysiek met inachtneming van de geldende maatregelen, hetzij langs digitale weg. Dat deze personen alleen gebruik kunnen maken van alternatieven of dat alternatieven niet altijd geboden kunnen worden, weegt minder zwaar waar het niet-essentiële sectoren betreft. In de essentiële sectoren mbo en ho hebben onderwijsinstellingen vanuit de wettelijke taak tot het verzorgen van onderwijs de plicht om alternatieven te bieden voor studenten zonder testbewijs. Bovendien is in het wetsvoorstel een grondslag opgenomen om bij lagere regelgeving concreet voor te schrijven, in het belang van de toegankelijkheid van het onderwijs voor studenten zonder testbewijs, aan welke voorwaarden instellingen voldoen bij het organiseren van het onderwijs en de verhouding daarin tussen fysiek en online onderwijs. Het voldoen aan die voorwaarden is vereist om verplichte testbewijzen in te zetten in het mbo en ho.

Ten slotte wordt opgemerkt dat over de inzet van testbewijzen zal worden geadviseerd door het OMT op basis van de actuele omstandigheden, in het bijzonder wat betreft de epidemiologische situatie. Bij het vaststellen van een ministeriële regeling op de reeds bestaande grondslagen voor het treffen van maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 zal vervolgens steeds beoordeeld worden of de inzet van testbewijzen ook in concreto voldoet aan bovengeschetste eisen ter rechtvaardiging van de beperking van grondrechten. Dit is geborgd door de algemene voorwaarden in artikel 58b, tweede lid, Wpg dat een maatregel slechts getroffen mag worden indien dat gelet op de ernst van de bedreiging van de volksgezondheid noodzakelijk is en de uitoefening van grondrechten daarbij zo min mogelijk wordt beperkt. Als extra waarborgen gelden de specifieke voorwaarden voor de inzet van testbewijzen die zijn beschreven in paragraaf 2.4 *Geclausuleerde delegatiegrondslag* en opgenomen in het voorgestelde artikel 58b Wpg.

Daarnaast kunnen door het inzetten van een testbewijs in de desbetreffende (deel)sectoren verruimingen plaatsvinden en geldende beperkingen op andere grondrechten zoals de vrijheid van verplaatsing of het eigendomsrecht juist worden verminderd. De bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en het economisch welzijn van het land zijn eveneens een legitiem doel in de zin van artikel 8 EVRM. De maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19, die genomen worden uit hoofde van de eveneens door grondrechten ingegeven bescherming van de volksgezondheid, belemmeren de deelname aan of toegang tot activiteiten, voorzieningen en fysiek onderwijs waardoor genoemde grondrechten in mindere mate kunnen worden verwezenlijkt, zeker naar gelang de maatregelen langer van kracht zijn. Testbewijzen zullen juist worden ingezet om maatregelen te versoepelen met het doel de samenleving sneller te openen of minder snel te sluiten. De mogelijkheid van de inzet van testbewijzen draagt op die manier bij aan de proportionaliteit van de maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19. Aldus wordt een optimale balans gerealiseerd tussen de verwezenlijking van verschillende, soms botsende grondrechten waar het gaat om de bestrijding van de epidemie van covid-19 (bijvoorbeeld de bescherming van de volksgezondheid versus de vrijheid van verplaatsing) en waar deze balans niet te bereiken is met andere maatregelen.

Al met al kunnen beperkingen op grondrechten worden gemitigeerd of zelfs opgeheven voor personen die wel een testbewijs tonen voor deelname aan activiteiten of toegang tot voorzieningen in niet-essentiële sectoren alsmede voor studenten in mbo en ho. Het wetsvoorstel biedt aldus een expliciete, noodzakelijke en proportionele grondslag voor de verplichting om een testbewijs te vragen voor de deelname aan of toegang tot activiteiten, voorzieningen of onderwijs.

Tot slot wordt opgemerkt dat de in het wetsvoorstel opgenomen voorwaarden voor de inzet van testbewijzen geen direct onderscheid opleveren in de zin van artikel 1 van de Grondwet. Wanneer een testbewijs verplicht wordt, geldt dat voor eenieder gelijkelijk. Zoals al eerder is opgemerkt, kan het verlangen van een testuitslag mogelijk wel een indirect onderscheid opleveren. Dat zou zich kunnen voordoen wanneer niet iedereen dezelfde mogelijkheden heeft zich te laten testen, met ongelijke toegang tot activiteiten of voorzieningen als gevolg. Bij het voorschrijven van testbewijzen zal dat zoveel mogelijk worden voorkomen. De testcapaciteit zal laagdrempelig worden gerealiseerd, zodat iedereen evenveel mogelijkheden heeft zich te laten testen. Hierbij is tevens relevant dat er geen directe kosten zijn verbonden aan het laten uitvoeren van een test.

4.2 Verhouding tot EU-recht

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie volgt dat het recht op vrij verkeer tot doel heeft beperkingen van het vrij verkeer weg te nemen, ook indien deze beperkingen zonder onderscheid naar herkomst of nationaliteit gelden. Het vrij verkeer kan echter, indien er geen harmonisatiemaatregelen bestaan, worden beperkt door nationale regelingen om redenen van volksgezondheid. In deze context is het aan de lidstaten om te bepalen in welke mate zij de volksgezondheid willen beschermen en hoe dit moet worden bereikt. Zij moeten hierbij binnen de in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie aangegeven grenzen blijven en met name het evenredigheidsbeginsel eerbiedigen, ingevolge waarvan de genomen maatregelen geschikt moeten zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder mogen gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel (zie o.a. HvJ EU 13 juli 2004, C-429/02, ECLI:EU:C:2004:432 (Bacardi France), punten 31-33).

Het verplichten van testbewijzen kan het personen uit andere lidstaten minder aantrekkelijk maken om hier bijvoorbeeld diensten te verrichten of af te nemen. Een testbewijs kan vooralsnog alleen verkregen worden van een uitvoerder van testen die is aangesloten op de applicatie CoronaCheck of die voldoet aan de voorwaarden voor het uitgeven van een schriftelijk testbewijs. Voor het lezen van testbewijzen wordt eveneens een van overheidswege beschikbaar gestelde applicatie gebruikt: CoronaCheck Scanner. Dergelijke kenmerken van het wetsvoorstel maken dat sprake is van een beperking van het vrij verkeer. De inzet van testbewijzen in het kader van maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 is in de Europese Unie (nog) niet geharmoniseerd. De Europese Commissie heeft op 17 maart 2021 een voorstel gepresenteerd van een verordening voor een Europees bewijs waarmee de drager kan aantonen dat hij is ingeënt tegen covid-19, in bezit is van een negatief testresultaat of beschikt over immuniteit. Het voorstel is gedaan ten behoeve van het vrij verkeer van personen, neergelegd in artikel 21 van Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). De effecten van de verordening van de Europese Commissie op dit wetsvoorstel zullen worden bestudeerd. Los daarvan zal bij de uitwerking van de maatregelen voor de inzet van testbewijzen worden gezien in hoeverre sprake is van een beperking van het vrij verkeer van personen en of deze beperking met een beroep op de volksgezondheid kan worden gerechtvaardigd. Zoals hierboven aangeven is daarbij met name van belang of daarbij het evenredigheidsbeginsel wordt geëerbiedigd. Dit is vastgelegd in de specifieke voorwaarden voor de inzet van testbewijzen die zijn beschreven in paragraaf 2.4 *Geclausuleerde delegatiegrondslag* en opgenomen in het voorgestelde artikel 58rb Wpg. Wat betreft de applicaties voor het tonen en lezen van testbewijzen, is in paragraaf 2.9 uiteen gezet waarom het tegen de achtergrond van de risico's van de verspreiding van het coronavirus, de brede maatschappelijk wens om de samenleving zo snel mogelijk op verantwoorde wijze te heropenen en de naar verwachting relatief korte periode waarin testbewijzen verplicht zullen worden, van groot belang is dat van overheidswege beschikbaar gestelde applicaties gebruikt worden. Met het oog op het beschermen van de volksgezondheid dient de betrouwbaarheid van het testbewijs te zijn geborgd en de kans op systematische fraude te worden verkleind.

Voorts dient bij de uitwerking van ministeriële regelingen op grond van hoofdstuk Va de Dienstenrichtlijn in acht te worden genomen bij het stellen van regels over diensten. Dit betekent onder meer dat dergelijke regels non-discriminatoir moeten zijn en gerechtvaardigd moeten worden op grond van een dwingende reden van algemeen belang. Op grond van artikel 4, onder 8, en artikel 16, derde lid, van de Dienstenrichtlijn kwalificeert de bescherming van de volksgezondheid als een dergelijke reden. Tot slot dient de maatregel geschikt en proportioneel te zijn. Dit moet bij de uitwerking onderbouwd worden. Ook dit is geborgd door de specifieke voorwaarden voor de inzet van testbewijzen die zijn beschreven in paragraaf 2.4 *Geclausuleerde delegatiegrondslag* en opgenomen in het voorgestelde artikel 58rb Wpg.

4.3 Gegevensbescherming

Wanneer een testbewijs wordt gebruikt, is sprake van het verwerken van persoonsgegevens, met inbegrip van persoonsgegevens over de gezondheid in de zin van artikel 9 AVG of artikel 16 Wbp BES. Een testbewijs bestaat uit een testuitslag die is omgezet in een machine-leesbare code. Een testuitslag

valt onder gegevens over gezondheid, hetgeen in artikel 4, onderdeel 15, AVG is gedefinieerd als persoonsgegevens die verband houden met de fysieke of mentale gezondheid van een natuurlijke persoon, waaronder gegevens over verleende gezondheidsdiensten waarmee informatie over zijn gezondheidstoestand wordt gegeven. De conversie van de testuitslag in een machine-leesbare code wordt gedaan in een van overheidswege beschikbaar gestelde applicatie voor het tonen van een testbewijs (CoronaCheck), op het toestel van de geteste persoon. Met de applicatie wordt ingelogd in een beveiligde omgeving bij de uitvoerder van de test om het testresultaat op te halen. Alleen bij GGD'en wordt hiervoor het DigiD gebruikt. Bij andere uitvoerders van testen wordt hiervoor speciaal een token verstrekt aan de geteste persoon. Uitgangspunt is het verstrekken van minimale data. Het op te halen testresultaat bestaat uit de volgende gegevens: het type test dat is afgenomen, het moment van afname van de test en de uitslag van de test. Daaraan worden enkele identificerende persoonsgegevens toegevoegd, namelijk de initialen van de geteste persoon en de maand en dag van zijn geboortedatum.

Met het testresultaat in de applicatie kan de geteste persoon naar de locatie waarvoor men met een testbewijs toegang kan krijgen. Daar genereert hij in de applicatie CoronaCheck een testbewijs. Dit genereren houdt in dat de applicatie het testresultaat vertaalt naar een testbewijs in de vorm van een machine-leesbare code. Dit proces is zodanig beveiligd dat het testbewijs alleen kan worden gebruikt door de houder van het toestel waarop de applicatie met het testresultaat is gedownload. Het testbewijs bevat slechts gegevens die in een testresultaat staan, namelijk het type test dat is afgenomen, het moment van afname van de test en de uitslag van de test. Bij het tonen van het testbewijs worden ook enkele identificerende persoonsgegevens zichtbaar gemaakt, namelijk de initialen van de geteste persoon en de maand en dag van zijn geboortedatum. Meer gegevens worden niet verwerkt.

Aan personen die niet de digitale middelen hebben voor het gebruik van de applicatie CoronaCheck, kan een schriftelijk testbewijs beschikbaar worden gesteld. De uitvoerder van de test verstrekt dan een schriftelijk testbewijs waarop eenzelfde machine-leesbare code staat. Voor het schriftelijk testbewijs worden dezelfde gegevens verwerkt als bij de toepassing van CoronaCheck.

De organisatie die verantwoordelijk is voor de activiteiten of voorziening waar betrokkene toegang wenst, kan de machine-leesbare code van het digitale of schriftelijke testbewijs vervolgens lezen met een andere van overheidswege beschikbaar gestelde applicatie (CoronaCheck Scanner). Door het lezen van de code kan bevestigd worden dat de toonder beschikt over een testbewijs dat actueel en betrouwbaar is. Ook bij het lezen vindt verwerking van (bijzondere) persoonsgegevens plaats. Aan de hand van de identificerende persoonsgegevens in combinatie met het identiteitsbewijs kan worden geverifieerd dat het testbewijs betrekking heeft op de toonder.

Met applicatie CoronaCheck Scanner worden geen gegevens bewaard. Het belang van privacy en informatieveiligheid weegt hierbij zwaarder dan het belang van een volledig sluitend systeem waarin elke vorm van misbruik wordt uitgesloten aan de hand van een registratie van gelezen testbewijzen. Op de organisatie die verantwoordelijk is voor de activiteit of voorziening waar testbewijzen zijn voorgeschreven, rust de verplichting slechts toegang verschaffen aan diegenen die beschikken over een geldig testbewijs. Naast het gebruik van CoronaCheck Scanner zal de organisatie, afhankelijk van de specifieke context en gebruikssituatie, aanvullende maatregelen moeten treffen om aan deze verplichting te voldoen en zodoende locatiegebonden frauderisico's effectief te bestrijden. Sluitstuk van het tegengaan van fraude is toezicht en handhaving. Daarvoor zou in CoronaChecker Scanner een extra functionaliteit toegevoegd kunnen worden, bijvoorbeeld om na te gaan of iedereen bij toegang is gecontroleerd. Dit is echter niet goed mogelijk zonder dat een verzameling wordt aangelegd van alle gelezen testbewijzen, hetgeen in het kader van gegevensbescherming onwenselijk is. Een dergelijke controle kan ook anders. Bijvoorbeeld door de inzet van 'mystery guests' of door steekproefsgewijs bij de organisator mee te kijken of daadwerkelijk wordt gecontroleerd op testbewijzen. Degene die fraudeert en een testbewijs van een ander of een vervalst testbewijs toont, dan wel de organisator die de hand licht met de voorschriften is in overtreding, zodat handhavend kan worden opgetreden.

Het wetsvoorstel biedt met het voorgestelde artikel 58rd Wpg de juridische grondslag voor de hierboven beschreven verwerkingen van (bijzondere) persoonsgegevens. Het doel van de gegevensverwerking is uitdrukkelijk omschreven, namelijk het tonen en lezen van een testbewijs en het verifiëren van de identiteit van de toonder. Dit doel is, gelet op de bestrijding van de epidemie van covid-19, gerechtvaardigd in het licht van de vervulling van een taak van algemeen belang (artikel 6, eerste lid, onderdeel e, AVG) en de bescherming van de volksgezondheid (artikel 9, tweede lid, onderdeel i, AVG). Dit is eveneens aan te merken als een zwaarwegend belang in de zin van artikel 23, eerste lid, onderdeel e, Wbp BES, waardoor het verbod op verwerking van dit soort bijzondere persoonsgegevens niet van toepassing is. Er worden niet meer persoonsgegevens verwerkt dan strikt noodzakelijk. Met de applicaties CoronaCheck en CoronaCheck Scanner wordt de privacy beschermd doordat niet de volledige testuitslag wordt getoond en gelezen, maar alleen of er al dan niet een

geldige testuitslag is en daarnaast summier persoonsgegevens ten behoeve van identificatie. Om te borgen dat actuele testbewijzen correct en veilig worden gegenereerd, getoond en gelezen, is het gebruik van beide applicaties voorgeschreven. De applicaties worden door het ministerie van VWS aangeboden. De verwerking van (bijzondere) persoonsgegevens vindt uitsluitend plaats bij de gebruikers van de applicaties. In CoronaCheck Scanner worden in het geheel geen persoonsgegevens bewaard.

Opgemerkt wordt dat het wetsvoorstel voor de organisatie die verantwoordelijk is voor de activiteiten of voorziening waarvoor een testbewijs verplicht is, geen grondslag biedt om bij het lezen van het testbewijs en het identiteitsbewijs (bijzondere) persoonsgegevens op te nemen in een bestand of op een andere wijze te verwerken in de zin van artikel 4 AVG of artikel 2 Wbp BES. CoronaCheck Scanner bevat derhalve niet zo'n functie. Overigens is de AVG niet van toepassing op het verwerken van informatie die geen persoonsgegevens bevat; zo mag bijvoorbeeld wel worden geregistreerd het aantal bezoekers dat met een testbewijs ergens aanwezig is geweest.

De applicaties CoronaCheck en CoronaCheck Scanner worden in volledige transparantie ontwikkeld. De meest actuele documentatie is te vinden op Github (<https://github.com/minvws>). Aan het ontwerp van de systematiek van testbewijzen en van de applicaties worden hoge eisen gesteld. Er is sprake van 'privacy & security by design', een open ontwikkelproces, 'open source' waar technisch mogelijk, geen centraal register van persoonsgegevens maar decentrale verwerking in de applicaties zelf en een passende set van beveiligingsmaatregelen. In het ontwerp zijn afwegingen gemaakt in de balans tussen privacy en voorkomen van misbruik.

Iedereen kan deze applicaties installeren. Mits aan de bij ministeriële regeling daartoe te stellen voorwaarden – bijvoorbeeld wat betreft de beveiliging van het gegevensverkeer – wordt voldaan, kunnen alle uitvoerders van testen aangesloten worden op CoronaCheck, zodat daarmee testuitslagen kunnen worden verstrekt aan de geteste persoon. Bij het ontwikkelen van de applicaties wordt een Privacy Impact Assessment (PIA) opgesteld.

Bij het verifiëren van de identiteit van de toonder van het testbewijs aan de hand van een legitimatiebewijs is geen sprake van het verwerken van (bijzondere) persoonsgegevens in de zin van artikel 4 AVG of artikel 2 Wbp BES. De Autoriteit Persoonsgegevens (AP) acht de AVG niet van toepassing op legitimatie aan de hand van een identiteitsbewijs.⁵ Ook de Commissie toezicht bescherming persoonsgegevens BES (CPB BES) staat legitimatie toe, mits daarvoor een goede reden is.⁶

Volledigheidshalve wordt benadrukt dat de applicaties voor het tonen en lezen van testbewijzen niet vergelijkbaar zijn met de notificatieapplicatie CoronaMelder waarmee vroegtijdig zicht kan worden verkregen op een mogelijke infectie met het coronavirus door bij te houden welke gebruikers in elkaars nabijheid zijn geweest en hen in voorkomende gevallen te waarschuwen over een mogelijke infectie. Daarom valt een testbewijsapplicatie niet onder het verbod tot verplicht gebruik als bedoeld in artikel 6d, achtste lid, Wpg.

Tot slot is wat betreft de AVG en de Wbp BES relevant dat met het wetsvoorstel een aanzienlijke beperking van wordt gerealiseerd van verwerking van persoonsgegevens over gezondheid. De bewaartermijn van medische dossiers met uitsluitend een testuitslag wordt verkort ten opzichte van de termijn die thans in het Burgerlijk Wetboek (BW) en het Burgerlijk Wetboek BES (BW BES) is voorgeschreven. Dit wordt in de volgende paragraaf 4.4 *Nationale wetgeving* toegelicht. Hier wordt opgemerkt dat met de verkorting van de bewaartermijn wordt voorkomen dat organisaties die speciaal zijn opgericht om op besmetting met het coronavirus te testen ten behoeve van de inzet van testbewijzen, geen zorg hoeven te dragen voor opslag van de medische dossiers gedurende vele jaren nadat zij hun activiteiten hebben gestaakt.

4.4 Nationale wetgeving

Het afnemen van een test bij personen die niet vermoed worden te zijn besmet met het coronavirus is aan te merken als 'andere zorg' in de zin van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (artikel 1 Wkkgz). Elke aanbieder die bedrijfs- of beroepsmatig testen afneemt, is derhalve gehouden goede zorg te verlenen en te voldoen aan de overige eisen van de Wkkgz. De 'Uitgangspunten voor inzet testen op COVID 19'⁷ en de 'Handreiking testen binnen bedrijven en ondernemingen op COVID 19'⁸ geven invulling aan de norm van 'goede zorg' in de zin van de Wkkgz. Op de site van het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM) zijn de meest recente inzichten over de soorten testen en het

⁵ <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/onderwerpen/identificatie/identiteitsbewijs>.

⁶ <https://cbpbbs.com/organisaties-en-burgers>.

⁷ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2020/11/04/uitgangspunten-voor-inzet-testen-op-covid-19-waaronder-antigeensneltesten-buiten-de-ggd-testlocaties>.

⁸ <https://lci.rivm.nl/covid-19-testen-binnen-bedrijven>.

gebruik ervan opgenomen.⁹ Daarnaast geldt dat de zorgverlening zo moet worden georganiseerd (met personele en materiële middelen, bouwkundige voorzieningen en verdeling van verantwoordelijkheden, bevoegdheden en plichten) dat het een en ander redelijkerwijs moet leiden tot goede zorg.

Verder is sprake van een geneeskundige behandelingsovereenkomst met de persoon die zich laat testen. Door middel van testen op besmetting met het coronavirus vindt immers een beoordeling van de gezondheidstoestand plaats. Deze overeenkomst is geregeld in Boek 7, Titel 7, Afdeling 5, van het BW en het BW BES. In het wetsvoorstel is geëxpliciteerd dat de uitzondering dat voor keuringen geen geneeskundige behandelingsovereenkomst tot stand komt, niet van toepassing is op testen ten behoeve van het verkrijgen van een verplicht testbewijs. De regels in het BW houden onder meer in dat er een medisch dossier aangelegd en twintig jaar bewaard dient te worden (artikel 7:454, derde lid, BW; in artikel 7:454, derde lid, BW BES is deze termijn op tien jaar gesteld). In het medisch dossier worden de gegevens opgenomen die noodzakelijk zijn voor een goede hulpverlening aan de patiënt. In geval van een negatieve testuitslag op besmetting met het coronavirus zijn de gegevens betrekkelijk korte tijd relevant voor de inzet van testbewijzen. Dat iemand negatief test op zo'n besmetting, heeft na enige tijd ook al niet of nauwelijks betekenis meer voor enige vorm van hulpverlening. Een positieve testuitslag zou gedurende een periode van een bepaald aantal weken mede een indicatie kunnen geven over de besmettelijkheid van iemand en daarmee van belang kunnen zijn voor de inzet van testbewijzen. Daarnaast kan een positieve testuitslag, mede afhankelijk van het type test, relevant zijn voor de verdere hulpverlening aan de geteste persoon of van belang voor een ander dan de geteste persoon. In dat laatste geval wordt in het kader van de verdere hulpverlening een medisch dossier aangelegd. Bewaartermijnen van tien of twintig jaar zijn al met al niet nodig. Met dit wetsvoorstel wordt daarom voor een dossier dat alleen maar voor een testuitslag wordt aangehouden een uitzondering gemaakt op de bewaartermijn die het BW en het BW BES voorschrijven. Dergelijke dossiers hoeven niet langer dan een bij ministeriële regeling te bepalen termijn bewaard te worden. Bij het bepalen van de bewaartermijn zal ook rekening gehouden worden met het belang van dossiers voor het toezicht op de kwaliteit van de zorg. Wat de meest passende bewaartermijn is, zal nader worden bezien en vervolgens worden vastgelegd bij ministeriële regeling, maar een termijn van meer dan zes maanden voor negatieve uitslagen en een jaar voor positieve uitslagen ligt niet in de rede.

Wellicht ten overvloede wordt opgemerkt dat een positieve uitslag van een test op het coronavirus aan de GGD gemeld dient te worden door een arts (artikel 22, eerste lid, Wpg) en het laboratorium (artikel 25, tweede lid, Wpg). De GGD bewaart de meldingen ten hoogste vijf jaar (artikel 29, tweede lid, Wpg).

De maatregelen tegen de bestrijding van de epidemie van covid-19 laten onverlet de leerplicht en de kwalificatieplicht ingevolge de Leerplichtwet 1969. Deze blijven ook gelden bij de inzet van testbewijzen. Studenten die zich niet willen laten testen kunnen hun leer- of kwalificatieplicht vervullen door het volgen van fysiek of online onderwijs dat als alternatief wordt aangeboden.

5. Invoering en regeldruk

5.1 Fieldlabs en pilots

Testbewijzen kunnen gefaseerd worden ingevoerd. Om te beginnen wordt door middel van reeds geplande Fieldlabs in februari en maart 2021 kennis opgedaan over de mogelijkheden om evenementen te houden voor personen die negatief getest zijn. Alle deelnemers aan een Fieldlab moeten beschikken over een negatieve uitslag van een PCR-test die maximaal 48 uur oud is (Stcrt. 2021, 4545). Het betreft een beperkt aantal eenmalige experimenten om te onderzoeken hoe de doelmatigheid van maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 vergroot kan worden en welke mogelijkheden er zijn voor het veilig en verantwoord organiseren van evenementen.

Ook op het terrein van het onderwijs worden pilots uitgevoerd waarin met testen veiliger fysiek onderwijs gegeven kan worden. Naar verwachting zullen de resultaten daarvan uiterlijk in mei 2021 beschikbaar komen. Overwogen wordt om extra Fieldlabs of andere pilots uit te voeren, bijvoorbeeld om te beproeven hoe testbewijzen ingezet kunnen worden bij grote bezoekersaantallen of in verschillende (deel)sectoren.

5.2 Invoering

In aanvulling op het advies van de Gezondheidsraad is de Sociaal-Economische Raad (SER) advies gevraagd over de praktische uitvoerbaarheid van de inzet van testbewijzen. Op 4 maart 2021 heeft de Denktank Coronacrisis aanbevelingen gedaan. In de eerste plaats wordt geadviseerd een richtlijn te ontwikkelen waarmee voor verschillende voorzieningen en situaties in kaart kan worden gebracht of

⁹ <https://lci.rivm.nl/richtlijnen/covid-19>.

en op welke manier testbewijzen ingezet moeten worden. Een planmatige heropening van de samenleving wordt aanbevolen. In lijn met dit advies wordt de inzet van testbewijzen wordt niet in één keer breed uitgerold in de sectoren die binnen de reikwijdte van dit wetsvoorstel vallen. De voorwaarden waaraan voldaan moet zijn om testbewijzen te kunnen inzetten, zijn hierboven uitgebreid beschreven. Ook het besluitvormingsproces en de advisering door het OMT zijn belicht. Dit bepaalt wanneer testbewijzen op een verantwoorde wijze kunnen worden ingezet in welke (deel)sectoren.

Daarnaast verdient de praktische uitvoerbaarheid zorgvuldige voorbereiding. De benodigde testcapaciteit kan in de loop van enkele maanden worden opgebouwd tot meer dan 400.000 testen per dag. Deze testcapaciteit is bedoeld voor sport- en jeugdactiviteiten, culturele instellingen, evenementen, restaurants en overige horeca. Specifiek ten behoeve van het onderwijs wordt de capaciteit verhoogd met minimaal 250.000 testen per dag, uitgaande van 1 dag onderwijs per week voor alle studenten in het mbo en ho. Het bieden van testvoorzieningen kost inzet van onderwijsinstellingen. Mede op basis van ervaringen met pilots in het onderwijs, zal gekeken worden hoe testvoorzieningen laagdrempelig kunnen worden geboden. Bekeken zal worden hoe onderwijsinstellingen ondersteund kunnen worden bij de inrichting van testvoorziening. Daarbij zal ook worden gekeken naar de mogelijke synergie van verschillende type testvoorzieningen. Ook de organisaties die verantwoordelijk zijn voor de activiteiten en voorzieningen waarvan de toegang afhankelijk is gesteld van een testbewijs, zullen de nodige voorbereidingen moeten treffen voor de controle op testbewijzen. Mogelijk is de inzet van testbewijzen buiten het onderwijs beter te hanteren en levert het een hoger rendement op bij activiteiten en voorzieningen waarvoor de deelnemers en gebruikers toch al moeten worden gecontroleerd, bijvoorbeeld op een geldig entreebewijs, en waar zij enige tijd verblijven. Het is van groot belang dat een en ander in goed overleg met belangenorganisaties en gemeenten wordt gedaan. Door middel van publieksvoorlichting en gerichte communicatie binnen de (deel)sectoren waar testbewijzen zullen worden ingezet, wordt ervoor gezorgd dat men weet hoe de uitvoering verloopt.

Wanneer de omstandigheden ten aanzien van de verspreiding van het coronavirus en de epidemie van covid-19 dat toelaten en er voldoende waarborgen voor de praktische uitvoerbaarheid zijn, zullen testbewijzen worden ingevoerd. Het moment waarop en de sectoren waarvoor dat kan, zijn ten tijde van de indiening van dit wetsvoorstel niet te bepalen.

In de tweede plaats adviseert de SER een toegankelijke infrastructuur te ontwikkelen voor de inzet van testbewijzen. Vooraf testen, beschermen van privacy, eenvoudig hanteerbaar en beperking van fraude geeft de SER daarbij als belangrijke aandachtspunten. Deze aanbeveling kan worden onderschreven. In de derde plaats wijst de SER op het belang gelijke toegang te bevorderen en uitsluiting te voorkomen. De SER doet daarvoor enkele concrete suggesties, zoals een kosteloos testbewijs, beschikbaarheid van testbewijzen voor personen zonder ICT-middelen, opties open laten voor verschillende type testen, bereikbaarheid van testlocaties, beproeven van de infrastructuur, het bieden van alternatieve toegang tot essentiële voorzieningen aan mensen zonder testbewijs en praktische oplossingen voor personen die gevaccineerd zijn.

Bij de vormgeving van de inzet van testbewijzen is rekening gehouden met deze adviezen van de SER. In de paragrafen 2 en 4.3 zijn de ontwikkeling van de (test)infrastructuur en de bescherming van persoonsgegevens uitgebreid beschreven. Daar is ook ingegaan op alternatieven voor personen die geen testbewijs kunnen tonen, in het bijzonder voor de essentiële voorziening onderwijs. In paragraaf 5.1 is beschreven hoe de infrastructuur beproefd wordt in de Fieldlabs en de pilots; daarnaast voorziet het wetsvoorstel in de mogelijkheid op kleine schaal te experimenteren. De regering stelt vast dat deze voldoet aan de kenmerken die de SER voor ogen heeft. Tevens is in het wetsvoorstel de mogelijkheid gecreëerd om een voorziening te treffen voor personen die gevaccineerd zijn.

In de vierde plaats geeft de SER enkele aanbevelingen met betrekking tot communicatie. Samengevat, gaat het erom op aansprekende wijze consequent duidelijke en eenvoudige informatie te geven, afgestemd op diverse doelgroepen. Deze aanbevelingen zullen ter harte worden genomen.

5.3 Regeldruk

De inzet van testbewijzen brengt regeldruk mee. Daar staat tegenover dat de inzet van testbewijzen gepaard gaat met een versoepeling van andere maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19, waardoor de regeldruk afneemt. Bovendien wordt de toename van de regeldruk verlicht door de applicaties die van overheidswege beschikbaar zijn gesteld voor het tonen en lezen van testbewijzen.

Voor de burger bestaat de regeldruk uit het verkrijgen van een testuitslag en het tonen van een testbewijs, tegelijk met het identiteitsbewijs. De regeldruk die hiermee gemoeid is, wordt geraamd op € 3 miljoen, uitgaande van een tijdsinvestering van gemiddeld 30 minuten per persoon en 400.000 testen per dag. De regeldruk als gevolg van het tonen van het test- en identiteitsbewijs is verwaarloosbaar.

De organisatie die verantwoordelijk is voor de activiteit of de voorziening dient het testbewijs en eventueel het identiteitsbewijs te lezen. Zij zullen een proces voor toegangscontrole moeten inrichten. Daar is per organisatie naar schatting, eenmalig een uur voor nodig door een administratief medewerker (€ 39) en half uur door een hoogopgeleide medewerker die een controle kan uitvoeren op het ontworpen proces (€ 54 / 2). In totaal bedraagt de eenmalige toename van de regeldruk per organisatie € 66. Daarnaast is er een additionele toegangscontrole nodig, die naar inschatting gemiddeld 20 seconden extra per persoon zal vergen. Hierbij is er mee rekening gehouden dat een deel van de organisaties toch al een toegangscontrole uitvoeren en een ander deel nog niet. Deze controle kan plaatsvinden door laaggeschoold of ongeschoold personeel (€ 27). Bij 400.000 testen per dag op basis waarvan een testbewijs wordt gegenereerd dat gemiddeld 1,5 keer getoond wordt, bedraagt de structurele regeldruk in totaal € 90.000 per dag.

Indien gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om testbewijzen in te zetten in mbo of ho, krijgen onderwijsinstellingen de bij lagere regelgeving nader in te vullen verplichtingen met betrekking tot een testvoorziening voor studenten en de toegankelijkheid van het onderwijs voor studenten zonder testbewijs. Deze verplichtingen kunnen leiden tot extra regeldruk. Indien ervoor gekozen wordt testbewijzen in te zetten voor mbo of ho, zal dat in kaart gebracht worden bij de betreffende lagere regelgeving.

Ook voor uitvoerders van testen is er sprake van regeldruk door de inzet van testbewijzen. Zij moeten zich namelijk aansluiten op de applicatie CoronaCheck en daarbij voldoen aan de daarvoor gestelde eisen. Er wordt rekening gehouden met zo'n 50 uitvoerders van testen, die gemiddeld 15 locaties hebben. Het aansluiten kost per uitvoerder naar schatting ongeveer 24 uur van een hoog opgeleide ICT systeembeheer (€ 80) en 150 uur voor het trainen van medewerkers die testen afnemen en van administratief medewerkers (€ 55). Daarnaast dienen per uitvoerder twee certificaten (€ 350) aangeschaft te worden. Hiermee bedraagt de eenmalige regeldruk voor alle uitvoerders tezamen ongeveer € 550.000. Daarnaast zijn er kosten gemoeid met het beheer van het ICT systeem. Hiervoor zijn per uitvoerder € 250 aan opslagkosten per maand nodig, 56 uur per maand van een medior systeembeheerder (€ 60) en 8 uur per maand van een hoogopgeleide ICT systeembeheerder (€ 80). Daarmee bedraagt de structurele regeldruk per uitvoerder per maand € 200.000 per maand.

6. Toezicht en handhaving

Met dit wetsvoorstel wordt een expliciete juridische grondslag gecreëerd om regels te stellen over de inzet van testbewijzen als onderdeel van de gedragsregels die op basis van hoofdstuk Va Wpg al gesteld kunnen worden. De zorgplicht met betrekking tot publieke en besloten plaatsen omvat dus tevens de regels over de inzet van testbewijzen, overeenkomstig de voorschriften die zijn opgenomen in de artikelen 58rd en 58re Wpg. Toezicht en handhaving met betrekking tot de regels inzake testbewijzen geschieden op gelijke wijze als met betrekking tot de gedragsregels die op basis van hoofdstuk Va Wpg al gesteld kunnen worden. Wat betreft de inzet van testbewijzen gaat het vooral om het toezicht op het uitvoeren van de controle van een geldig testbewijs voor het verlenen van toegang tot een activiteit of voorziening en het ontzeggen van deze toegang aan personen die geen testbewijs kunnen tonen. Wellicht ten overvloede wordt herhaald dat testbewijzen uitsluitend zullen kunnen worden ingezet voor sport- en jeugdactiviteiten, culturele instellingen, evenementen, restaurants en overige horeca, een en ander met inbegrip van doorstroomlocaties, alsmede in het mbo en ho. Toezicht en handhaving van de inzet van testbewijzen is derhalve beperkt tot deze terreinen.

De burgemeester kan de organisatie die verantwoordelijk is voor de activiteit of de voorziening een aanwijzing of in spoedeisende situaties een bevel geven indien hij van oordeel is dat op een publieke plaats aanwezige personen de regels niet in acht kunnen nemen. Voor besloten plaatsen waar geen beroep of bedrijf wordt uitgeoefend, kan hij een bevel geven; voor besloten plaatsen waar wel een beroep of bedrijf wordt uitgeoefend, heeft de minister van VWS de mogelijkheid om een aanwijzing of bevel te geven. Verder kan de burgemeester bevelen geven die nodig zijn om de naleving van de gedragsvoorschriften op een openbare plaats te verzekeren. Net als bij de andere gedragsregels omschreven in hoofdstuk Va Wpg zal bij de uitwerking van de ministeriele regeling voor de inzet van testbewijzen rekening worden gehouden met de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van de maatregelen.

Het toezicht op de naleving wordt uitgeoefend door de aangewezen gemeentelijke ambtenaren en ambtenaren van politie (Besluit aanwijzing ambtenaren toezicht naleving hoofdstuk Va Wet publieke gezondheid). Daarnaast zijn de Inspectie gezondheidszorg en jeugd (IGJ) en de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA) toezichthouders van de Wpg. De rol van de IGJ en de NVWA zal zich feitelijk beperken tot overtredingen en plaatsen die aansluiten bij de bestaande toezichthoudende taken van de IGJ en de NVWA. Daarbij zal de NVWA met een actieve meldfunctie werken waarbij NVWA-inspecteurs als ogen en oren functioneren voor collega-handhavers. Uit hoofde van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) houdt de IGJ voorts toezicht op de kwaliteit en de veiligheid in testvoorzieningen. Indien testbewijzen worden ingezet in het onderwijs, zal de Inspectie van het Onderwijs (IvO) worden belast met het toezicht. Het gaat hier allereerst specifiek om het

toezicht op de naleving van de zorgplicht van de onderwijsinstelling voor een toegankelijke voorziening waar studenten zich kunnen laten testen op besmetting met het coronavirus. Dit, voor zover dat toezicht niet tot de taak van de IGJ behoort. De IvHO zal tevens toezicht houden op de naleving van de verplichtingen omtrent de wijze waarop onderwijsinstellingen de toegankelijkheid van het onderwijs waarborgen voor studenten die geen testuitslag kunnen tonen. Daarnaast kunnen, overeenkomstig de werkwijze die de IvHO tot dusverre is toegepast bij het toezicht ten aanzien van corona-gerelateerde wet- en regelgeving, signalen van niet naleving aanleiding zijn om de betreffende onderwijsinstelling daarop aan te spreken.

Ook voor de sanctionering van overtredingen is aangesloten bij de bestaande systematiek. Een last onder bestuursdwang kan worden opgelegd door de minister van VWS voor besloten plaatsen indien deze een ruimte betreffen waar een beroep of bedrijf wordt uitgeoefend. Gelet op de reikwijdte van het wetsvoorstel zullen testbewijzen voornamelijk worden verplicht voor een openbare of publieke plaats. De onderwijsinstellingen zijn besloten plaatsen waar een beroep of bedrijf wordt uitgeoefend. De burgemeester kan een last onder bestuursdwang opleggen bij een overtreding op een openbare of publieke plaats of in een besloten plaats indien deze geen ruimte betreft waar een beroep of bedrijf wordt uitgeoefend. Indien wordt gekozen voor het instrument last onder bestuursdwang kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het zelf inzetten van iemand om de controle op een geldig testbewijs uit te voeren. Op grond van artikel 5:32, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) impliceert dit tevens de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom. Strafrechtelijke sanctionering bestaat uit hechtenis van ten hoogste zeven dagen of geldboete van de eerste categorie (ten hoogste € 435, bij rechtspersonen ten hoogste € 4.350). Bij wijze van uitzondering geldt een maximum van € 95 voor personen die zich niet aan de regels houden over een veilige afstand tot een ander; oplegging van deze boete wordt niet aangemerkt als een justitieel gegeven.

7. Financiële gevolgen

Bij een maximale inzet van de beschikbare testcapaciteit zullen de totale kosten daarvoor, uitgaande van een periode van 5 maanden, rond de 700 miljoen euro bedragen. De kosten van de testen zelf zijn hierbij niet inbegrepen. Aangezien er in fases van vier weken kan worden besloten of opschaling, continuering of vermindering van de testcapaciteit gewenst is, kan het uiteindelijke bedrag anders uitvallen. Tegenover deze kosten staan – naast maatschappelijke – economische baten doordat sectoren eerder open kunnen en omzet kunnen maken. Dit leidt tot een afname van steunmaatregelen. Hierdoor zullen de kosten per saldo aanzienlijk minder zijn. Mogelijk kunnen de baten als gevolg van de inzet van testbewijzen uiteindelijk zelfs de kosten overstijgen.

In ieder geval tot en met april 2021 zullen de kosten volledig worden gedragen door de Rijksoverheid. In principe worden daarna de kosten van de testcapaciteit voor de niet-essentiële voorzieningen op basis van het profijtbeginsel deels toegerekend aan de (deel)sectoren waar testbewijzen worden ingezet. Voorwaarde is wel dat het toepassen van het profijtbeginsel goed uitvoerbaar dient te zijn voor de aanbieder van de testcapaciteit. De uitvoerbaarheid wordt nader onderzocht en de uitkomsten van dit onderzoek zullen uiterlijk eind april 2021 bekend zijn.

Wat betreft de vergoeding door het Rijk van de (meer)kosten ten gevolge van de uitvoering van hoofdstuk Va Wpg en de regelingen is het uitgangspunt de Financiële-verhoudingswet. Artikel 2 van de Financiële-verhoudingswet bepaalt dat bij beleidswijzigingen die leiden tot een wijziging van de uitoefening van taken of activiteiten van gemeenten, aangegeven dient te worden wat de financiële gevolgen voor de gemeenten zijn. Vervolgens dient aangegeven te worden via welke bekostigingswijze deze kunnen worden opgevangen.

Tussen de VNG, het Veiligheidsberaad en GGD GHOR Nederland zijn in juli 2020 bestuurlijke afspraken gemaakt over de (wijze van) bekostiging van de intensivering van de gemeentelijke taken in het kader van de uitbraak van het coronavirus voor de jaren 2020 en 2021. De vergoeding van de meerkosten voor de GGD'en en de veiligheidsregio's vindt plaats op basis van artikel 62 Wpg en de artikelen 15 en 16 van het Besluit publieke gezondheid. Bekostiging vindt plaats via bevoorschotting van de opgave van de meerkosten door de GGD'en en de veiligheidsregio's. Finale afrekening geschiedt vervolgens op basis van de goedgekeurde jaarrekeningen van de GGD'en en de veiligheidsregio's. De kosten die samenhangen met het toezicht en de handhaving van deze wet kunnen meerkosten voor de gemeente tot gevolg hebben. Deze kosten kunnen sterk verschillen per gemeente en zijn op voorhand niet te voorspellen. Het kabinet zal over deze financiële gevolgen voor de gemeenten en over de wijze waarop die gevolgen kunnen worden opgevangen nader overleg voeren met de VNG.

8. Rechtsbescherming

Wanneer het wetsvoorstel tot wet wordt verheven en tot uitvoering gebracht wordt, rijst de vraag naar de rechtsbescherming. Deze bescherming hangt af van de aard van de handeling. Al naar gelang dat

karakter wordt hier aangeduid welke rechtsbescherming van toepassing is. Achtereenvolgens worden hier genoemd de privaatrechtelijke, bestuursrechtelijke en strafrechtelijk rechtsbescherming.

De essentie van het wetsvoorstel is een geclausuleerde delegatiegrondslag om regels te stellen over de inzet van testbewijzen. Tegen een besluit om al dan niet algemeen verbindende voorschriften vast te stellen staat geen bezwaar of beroep open. Dit geldt ook wanneer bij ministeriële regeling experimenten worden aangewezen of vrijstelling wordt verleend. Wel kan een vordering uit onrechtmatige daad ingesteld worden.

Het toepassen van de gestelde regels geschiedt in een privaatrechtelijke verhouding tussen de persoon die toegang wenst tot een activiteit of voorziening en de organisatie die verantwoordelijk is voor de activiteit of voorziening. Indien iemand meent ten onrechte de toegang te zijn ontzegd, staat daartegen de gang naar de burgerlijke rechter open.

Civiele rechtsbescherming is eveneens van belang voor de applicaties voor het tonen en lezen van het testbewijs (CoronaCheck en CoronaCheck Scanner). Bij de installatie van deze applicaties worden voor akkoord voorwaarden gepresenteerd. Het gaat hier bijvoorbeeld om de voorwaarde om de meest recente versie van de applicatie te laten functioneren op een recent besturingssysteem. Zonder akkoord zijn de applicaties niet te installeren. Handelen in strijd met de voorwaarden kan ertoe leiden dat de applicatie buiten gebruik wordt gesteld.

Verder worden overeenkomsten gesloten met de uitvoerders van testen over de aansluiting op de applicatie voor het tonen van het testbewijs (CoronaCheck). In deze overeenkomsten worden onder meer eisen gesteld aan de automatiseringssystemen en de wijze van verwerking van (persoons)gegevens. Deze eisen zijn van belang voor de validatie van de testuitslag die gebruikt wordt voor het testbewijs. Wanneer niet of niet meer aan deze eisen voldaan wordt, wordt het certificaat door de Staat der Nederlanden respectievelijk niet verstrekt of ingetrokken. Rechtsbescherming verloopt ook hier langs privaatrechtelijke weg.

Bestuursrechtelijke rechtsbescherming wordt overeenkomstig de regels van de Awb geboden met betrekking tot besluiten die vatbaar zijn voor bezwaar en beroep. In dit wetsvoorstel gaat het daarbij om het besluit tot het verlenen van ontheffing van de verplichting om gebruik te maken van de applicatie voor het lezen van het testbewijs (CoronaCheck Scanner). Deze vorm van rechtsbescherming is verder van belang voor bestuursrechtelijke handhaving van de voorschriften over de inzet van het testbewijs. Het betreft de hierboven in paragraaf 7 beschreven besluiten van de burgemeester en de minister van VWS voor het opleggen van een last onder dwangsom, een last onder bestuursdwang, een aanwijzing of een bevel.

Voorts wordt hier gewezen op de rechtsbescherming tegen strafrechtelijke sanctionering van overtredingen van de voorschriften omtrent de inzet van testbewijzen door middel van geldboetes of hechtenis. Deze rechtsbescherming verloopt volgens de reguliere regels van het straf(proces)recht. Dit betekent onder andere dat een verdachte gehoord wordt voordat een strafbeschikking wordt opgelegd en dat tegen opgelegde strafbeschikkingen verzet mogelijk is bij de officier van justitie. Indien het verzet voor de officier van justitie geen aanleiding is de strafbeschikking in te trekken, brengt de officier van justitie het verzet ter kennis van de rechtbank. De beoordeling van de zaak ligt dan in handen van de strafrechter.

Indien de officier van justitie oordeelt dat de zaak een volledige inhoudelijke behandeling voor de strafrechter vergt, dagvaardt hij de verdachte. De strafrechter beoordeelt ook in dit geval de zaak inhoudelijk.

Hoewel buiten de kaders van dit wetsvoorstel, wordt tot slot nog geattendeerd op de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij een bestuursorgaan, een uitvoerder van testen of een onderwijsinstelling en om een melding te doen bij toezichthouders zoals de AP, de IGJ of de IvHO over vermeende schendingen van respectievelijk de bescherming van persoonsgegevens of de kwaliteit van zorg of onderwijs.

9. Advisering, toetsing en consultatie

Het wetsvoorstel is op 8 maart 2021 voor advies voorgelegd aan de AP, het College voor de Rechten van de Mens (CRM) en het Adviescollege toetsing regeldruk (ATR). Eveneens op die datum is het wetsvoorstel aangeboden aan de IGJ, de NVWA en de IvHO voor een toezichts- en handhavingstoets. Tegelijk is de internetconsultatie gestart. Voor deze advisering, toetsing en consultatie is een reactietermijn van één week gehanteerd gezien de wenselijkheid om met spoed de mogelijkheid te creëren tot de inzet van testbewijzen.

9.1 Internetconsultatie

In het kader van de internetconsultatie zijn 5.840 reacties ontvangen, waarvan 3.750 openbaar. Vrijwel alle reacties zijn afkomstig van individuele burgers en bedrijven, waarvan enkele in collectief verband zoals Herstel-NL. Nagenoeg alle respondenten plaatsen kanttekeningen bij het wetsvoorstel. De

overgrote meerderheid van de reacties wijst op de beperking van grondrechten en de vrijheid. Men waarschuwt voor discriminatie en een tweedeling in de samenleving, niet alleen als gevolg van het testen zelf, maar ook wat betreft de beschikking over digitale middelen voor een testbewijs. Het vereisen van een test van gezonde mensen wordt als onethisch bestempeld. Er zijn twijfels over de proportionaliteit van de inzet van testbewijzen, onder meer omdat het coronavirus volgens hen geen ernstige bedreiging van de volksgezondheid oplevert, de pandemie op zijn retour is en slechts een specifiek, klein deel van de bevolking vatbaar is voor het coronavirus. Verder worden de betrouwbaarheid en de waarde van testen in twijfel getrokken en worden zorgen geuit over het testen van kinderen. Ook de bekostiging van testen wordt als problematisch gezien.

Daarnaast wordt het wetsvoorstel beschouwd als (een opmaat naar) een vaccinatieplicht, met alle bezwaren van dien. In dit verband wordt enerzijds opgemerkt dat de werking van vaccinaties nog niet volledig bekend is en anderzijds dat testbewijzen onnodig zijn vanwege een groeiende vaccinatiegraad en de opbouw van groepsimmunitet.

Tot slot worden opmerkingen gemaakt bij het wetsvoorstel zelf. Het zou niet passen bij een demissionair kabinet. Ook is het niet aan de overheid om sectoren als niet-essentieel te kwalificeren. Bij de tijdelijkheid van de maatregelen worden eveneens vraagtekens gesteld.

Dat het coronavirus geen bedreiging vormt voor de volksgezondheid, kan de regering niet onderschrijven. De besmettelijkheid van het virus is hoog en besmetting leidt in een substantieel aantal gevallen tot ernstige ziekte en zelfs overlijden. De stijgende vaccinatiegraad en de toename van het aantal mensen dat covid-19 heeft doorstaan, zal de transmissie van het coronavirus naar verwachting nog langere tijd onvoldoende belemmeren om zonder meer over te kunnen gaan tot het heropenen van de samenleving. Testbewijzen kunnen daar wel aan bijdragen. De meeste andere bedenkingen bij het wetsvoorstel die ter gelegenheid van de internetconsultatie naar voren zijn gebracht, zijn ook voor de regering zeer belangrijke punten van overweging. De respons laat duidelijk zien dat de daadwerkelijke inzet van testbewijzen een zorgvuldige overweging vergt en dat het van groot belang is om nadelige effecten zoveel als mogelijk te voorkomen. Dit is dan ook precies de kern van het wetsvoorstel. Het wetsvoorstel bevat een afwegingskader – gestoeld op het juridische en ethische advies van de Gezondheidsraad – waarbij groot gewicht wordt toegekend aan noodzaak, effectiviteit, proportionaliteit, subsidiariteit, uitvoerbaarheid en doelmatigheid. Bovendien moet de inzet van testbewijzen zijn aangewezen in het maatschappelijk belang en gepaard gaan met voorzorgsmaatregelen om onder meer ongelijke toegang tot activiteiten en voorzieningen tegen te gaan. Eén van deze maatregelen is dat er geen directe kosten verbonden zijn om zich te laten testen en een testbewijs te verkrijgen. Aldus kan de beperking van grondrechten als gevolg van de indirecte testplicht gerechtvaardigd worden. Bovendien kan de inzet van testbewijzen ook vrijheden teruggeven, doordat daarmee de samenleving weer geopend kan worden. Het maakt deelname aan activiteiten en gebruik van voorzieningen weer mogelijk, waar deze anders gesloten zouden moeten blijven. De betrouwbaarheid van de testen en de geldigheidsduur van een test zijn randvoorwaardelijk voor het succes van de inzet van testbewijzen. Jonge kinderen zullen niet worden getest. Er zal een leeftijdsgrens worden gehanteerd van twaalf jaar. Dit komt overeen met de regels voor reizigers die Nederland alleen met een test binnen kunnen komen.

Benadrukt zij dat het wetsvoorstel geen (indirecte) vaccinatieplicht meebrengt. Het wetsvoorstel gaat over de inzet van testbewijzen. Hooguit kan gezien worden of een vaccinatiebewijs in de plaats kan komen van een recente, negatieve testuitslag. Dat is echter pas aan de orde wanneer de besmettelijkheid van gevaccineerde personen wetenschappelijk is vastgesteld, hetgeen nog niet het geval is. Maar zelfs bij een dergelijke gelijkstelling is niemand verplicht zich te laten vaccineren of een vaccinatiebewijs te tonen. Men kan zich immers laten testen om een testbewijs te verkrijgen.

Ten slotte wordt opgemerkt dat de demissionaire status van de regering niet ontslaat van de plicht om waar nodig gepaste maatregelen te treffen tegen de verspreiding van het coronavirus. De inzet van testbewijzen is, net als andere maatregelen, gebaseerd op de tijdelijke wettelijke grondslag in hoofdstuk Va Wpg. Dat hoofdstuk voorziet in democratische waarborgen. Een verlenging met drie maanden van de wettelijke grondslag wordt voorgelegd aan de Raad van State en het parlement. Ook bij het tot stand brengen van de regelgeving die nodig is voor het treffen van maatregelen, moet het parlement worden betrokken. Bovendien is de inzet van testbewijzen bij uitstek tijdelijk, omdat daarmee maatregelen kunnen worden versoepeld of sectoren eerder worden heropend. De grondslag voor regels over testbewijzen kan direct worden aangewend voor bepaalde, niet-essentiële sectoren. De kwalificatie niet-essentieel betekent niet dat deze sectoren maatschappelijk niet van belang zouden zijn, maar dat het geen primaire voorzieningen betreft die voor eenieder toegankelijk behoren te zijn.

9.2. Autoriteit Persoonsgegevens (AP) en Commissie toezicht bescherming persoonsgegevens BES (CPB BES)

Op 18 maart 2021, kenmerk z2021-05145, heeft de AP advies uitgebracht over het wetsvoorstel. De AP doet enkele aanbevelingen over de inzet van testbewijzen buiten de gevallen waarin een testbewijs is voorgeschreven, wat kortweg wordt aangeduid als onverplicht toelatingsbeleid. Ten eerste om in de toelichting zorgvuldig uiteen te zetten wat de beperkingen zijn aan de mogelijkheden om op basis van

toestemming testbewijzen te benutten, in het bijzonder waar het gaat om medewerkers. Ook bij het ter beschikking stellen van de applicaties ten behoeve van onverplicht toelatingsbeleid moeten volgende de AP de beperkingen aan het benutten van de vrijelijkheid van de toestemming nadrukkelijk worden benoemd. Naar aanleiding van deze aanbeveling is de memorie van toelichting aangevuld. Ook in de applicaties voor het tonen en lezen van het testbewijs zal informatie worden toegevoegd over de benodigde grondslag voor de verwerking van (medische) persoonsgegevens bij het gebruik van testbewijzen in andere gevallen dan wettelijk is voorgeschreven.

Ten tweede geeft de AP in overweging te bezien of het wenselijk is het wetsvoorstel zodanig aan te vullen dat ook bij het voeren van onverplicht toegangsbeleid de wettelijk gereguleerde infrastructuur voor testbewijzen benut moet worden. Deze aanbeveling wordt niet opgevolgd. Het ministerie van VWS stelt applicaties ter beschikking voor het tonen en lezen van testbewijzen wanneer dat wettelijk verplicht is. Het onverplicht gebruik van testbewijzen en de manier waarop daarbij persoonsgegevens worden verwerkt, behoren tot de verantwoordelijkheid van diegenen die beslissen over dergelijke toepassingen. Naar aanleiding van de eerste aanbeveling van de AP wordt daar in de applicaties nadrukkelijk op gewezen. Bovendien zou het moeten toepassen van de wettelijk gereguleerde infrastructuur bij het voeren van onverplicht toegangsbeleid een enorme uitbreiding zijn naar zeer veel verschillende en ongelijksoortige activiteiten, die samen met de vele betrokken partijen zorgvuldig moet worden doordacht. Dit zou onvermijdelijk tot grote vertraging leiden van dit wetsvoorstel, wat de regering onwenselijk acht.

Ten derde raadt de AP aan zo duidelijk mogelijk aan te geven welke sectoren essentieel zijn en welke niet en het voeren van toelatingsbeleid in essentiële sectoren te verbieden, tenzij dit wettelijk is verplicht. Het is niet nodig deze aanbeveling over te nemen. De AP betoogt dat onder omstandigheden die zich voornamelijk voordoen in essentiële sectoren geen ruimte is voor vrijelijke toestemming. Dan is bij gebreke aan een juridische grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens het gebruik van testbewijzen al niet toegestaan. Een wettelijk verbod voegt daaraan niets toe. Daarnaast speelt mee dat een indeling tussen essentiële en niet-essentiële sectoren, die naar de AP erkent lastig te maken is, niet doorslaggevend is. Eveneens is immers van belang waartoe iemand toegang wenst tot een voorziening. Waar dat bijvoorbeeld voor een patiënt uitgesloten kan worden geacht, zou vrijelijke toestemming wel mogelijk kunnen zijn voor het verrichten van vrijwilligerswerk in een zorginstelling. Bovendien zijn er behalve toestemming nog andere grondslagen voor het verwerken van persoonsgegevens betreffende de gezondheid. Een verbod op het gebruik van testbewijzen in essentiële sectoren zou dat teniet doen. De regering verwacht niet dat er een brede behoefte zal zijn aan het onverplicht gebruik van testbewijzen. Dat zou immers een extra eis zijn, bovenop de maatregelen die uit hoofde van de bestrijding van de epidemie van covid-19 in acht genomen dienen te worden bij de toegang tot activiteiten en voorzieningen.

Ten aanzien van de eventuele gelijkstelling van een vaccinatiebewijs met een testbewijs, adviseert de AP ofwel te zijner tijd in een apart wetsvoorstel te voorzien in deze uitbreiding ofwel in dit wetsvoorstel recht te doen aan het belang daarvan door een algemene maatregel van bestuur voor te schrijven en in het algemeen deel van de toelichting uitvoerig(er) in te gaan op dit perspectief. Naar aanleiding van deze aanbeveling wordt erop gewezen dat onderzoek gedaan wordt of gevaccineerde personen al dan niet besmettelijk zijn. Het moet mogelijk zijn snel gebruik te kunnen maken van de gelijkstelling van vaccinatiebewijzen met testbewijzen wanneer uit onderzoek blijkt dat dit verantwoord is. Een afzonderlijk wetgevingstraject of de procedure voor een algemene maatregel van bestuur werkt onnodig vertragend. Ook al omdat het tot stand brengen van een ministeriële regeling op grond van hoofdstuk Va Wpg is voorzien van waarborgen, waaronder de betrokkenheid van het parlement.

Voorts adviseert de AP de summiere set identificerende gegevens die bij het testbewijs worden getoond, zo mogelijk bij wet vast te leggen of anders het summiere karakter van de uiteindelijke set persoonsgegevens expliciet te waarborgen. Naar aanleiding van deze aanbeveling is de tekst van het wetsvoorstel aangevuld en de memorie van toelichting aangescherpt.

Met betrekking tot medische dossiers die uitsluitend testuitslagen bevatten, raadt de AP aan om – met een behoedzame marge – een zo veel lagere maximale bewaartermijn dan vijf jaar in de wet op te nemen als verantwoord is, gelet op de blijkens de memorie van toelichting voorgenomen bewaartermijnen van een half jaar voor negatieve testuitslagen en een jaar voor positieve testuitslagen. Deze aanbeveling is overgenomen. De bewaartermijn is gemaximeerd op een jaar.

De AP sluit het advies af met enkele overige opmerkingen waar hier kort op ingegaan wordt. Ondanks de door de AP gesignaleerde gedeeltelijke doublure met de AVG is artikel 58rd, negende lid, Wpg gehandhaafd. Dit, om geen verschil te doen ontstaan met de soortgelijke bepaling met betrekking tot de notificatieapplicatie (artikel 6d, zevende lid, Wpg).

Zoals de AP voorstelt, is de redactie verhelderd van de bepaling over de vernietiging van dossiers met uitsluitend testuitslagen (artikel II, onder b).

Het CBP-BES is 18 maart 2021 verzocht uiterlijk 25 maart 2021 advies uit te brengen over het wetsvoorstel wat betreft de verwerking van persoonsgegevens in Caribisch Nederland. Op laatstgenoemde datum is nog geen advies ontvangen.

9.3. College voor de Rechten van de Mens (CRM)

Bij brief van 15 maart 2021, kenmerk 2021/0033/VB/LD, schrijft het CRM verheugd te zijn 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. Wel adviseert het college in de toelichting een duidelijke en concrete afbakening te bieden van het moment waarop en het soort niet-essentiële activiteiten en voorzieningen waarvoor testbewijzen zullen worden ingezet. Naar aanleiding daarvan is de toelichting aangevuld. Verder wordt opgemerkt dat deze afbakening desalniettemin vooral in procedurele zin te geven is, omdat testbewijzen worden ingezet als één van de maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19. Wanneer welke maatregelen worden getroffen en in hoeverre daarbij testbewijzen kunnen worden ingezet, zal continu worden beoordeeld aan de hand van de actuele omstandigheden, in het bijzonder de epidemiologische situatie van dat moment. Hiervoor is een besluitvormingsprocedure ingericht met een nadrukkelijke rol voor het parlement. Zo worden ministeriële regelingen ten minste één week voor inwerkingtreding voorgelegd aan beide Kamers der Staten-Generaal. De democratische legitimatie alsmede de kenbaarheid van de inzet van testbewijzen is op die manier geborgd. De Routekaart zal kunnen bijdragen aan de voorzienbaarheid van de inzet van testbewijzen, maar is vanwege de dynamiek in de bestrijding van de coronacrisis uiteindelijk niet zonder meer bepalend. De inzet van het testbewijs zal ook worden beoordeeld aan de hand van de verdeling van de schaarste van de testcapaciteit. Om dit te bepalen, wordt gekeken naar de maatschappelijke kosten/baten-analyse van de inzet van het testbewijs in een bepaalde sector. Verder hangt de inzet van testbewijzen ook af van de vraag of de desbetreffende sectoren het praktisch geregeld krijgen. Denk dan bijvoorbeeld aan de toegangscontrole en het in achtnemen van andere maatregelen zoals de bescherming van medewerkers.

Het CRM adviseert 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 enerzijds en voor het personeel anderzijds. In dit verband acht het college 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. Naar aanleiding daarvan is de memorie van toelichting aangepast. De onderbouwing van de uitzondering voor medewerkers van een verplicht testbewijs is aangevuld. Ook is een uiteenzetting toegevoegd over de beide regimes en de manier waarop het daaraan verbonden risico op verspreiding van het coronavirus beheerst wordt. Tevens is aandacht besteed aan het belang van publieksvoorlichting.

Het CRM werpt de vraag op naar de effectiviteit van de maatregel, aangezien studenten die geen testbewijs kunnen of willen tonen, toch zoveel mogelijk fysiek onderwijs, en anders online onderwijs krijgen. Naar aanleiding van dit onderdeel van het advies is in de memorie van toelichting geëxpliciteerd dat hoewel instellingen ten aanzien van al hun studenten de plicht hebben onderwijs te verzorgen, die plicht er niet in bestaat dat voor alle studenten zoveel mogelijk fysiek onderwijs dient te worden gerealiseerd. De in het wetsvoorstel opgenomen verplichting omtrent de wijze waarop onderwijsinstellingen de toegankelijk van het onderwijs waarborgen, ziet dan ook niet op de fysieke toegankelijkheid van het onderwijs; ook met online alternatieven kan in toegankelijk onderwijs worden voorzien. Belangrijk is of de instelling middels een zorgvuldige belangenafweging is gekomen tot de organisatie van het fysieke en het online onderwijs. De testbereidheid van studenten is niet doorslaggevend. Voor de effectiviteit van de maatregel is bepalend of over het geheel genomen een significante opschaling van het fysiek onderwijs kan worden gerealiseerd.

Vanwege de specifieke aard van het onderwijs, en de daarin betrokken mensenrechten, is naar het oordeel van het college een meer specifieke onderbouwing nodig van de reden waarom inzet van testen in deze essentiële sector gerechtvaardigd is. Het college plaatst kanttekeningen bij de proportionaliteit en subsidiariteit, en maakt zich zorgen over de gevolgen van een tweedeling tussen studenten. Naar aanleiding van dit onderdeel van het advies is de memorie van toelichting gecorrigeerd om de indruk weg te nemen dat zonder de inzet van testbewijzen evenzogoed fysiek onderwijs gegeven kan worden. Er is nader uiteengezet wat onderwijsinstellingen tot nu toe hebben ondernomen om zoveel mogelijk fysiek onderwijs te verzorgen, gegeven de maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19. In aanvulling daarop worden in het onderwijs diverse pilots uitgevoerd, waarvan de resultaten uiterlijk in mei 2021 beschikbaar komen. Als ultimum remedium kunnen voor studenten met een testbewijs de maatregelen die gelet op de epidemiologische situatie in generieke zin noodzakelijk zijn ter bestrijding van de epidemie van covid-19, worden versoepeld zodat op grotere schaal fysiek onderwijs kan worden geboden. Bijvoorbeeld het loslaten van de afstandsnorm maakt het mogelijk meer studenten op de locatie van de onderwijsinstelling te ontvangen. In de memorie van toelichting

is verduidelijkt dat testbewijzen zullen worden ingezet wanneer er geen alternatieven zijn om tot omvangrijke toename van fysiek onderwijs te komen. Daarnaast is uitgebreider toegelicht hoe bij lagere regelgeving zal worden geconcretiseerd op welke wijze onderwijsinstellingen de toegankelijkheid van het onderwijs waarborgen voor studenten die geen testbewijs kunnen tonen. Van belang is dat de onderwijsinstelling een bewuste afweging maakt of gelet op alle omstandigheden fysiek onderwijs met inachtneming van de afstandsnorm dan wel online onderwijs meer passend is. Desalniettemin is online onderwijs onvermijdelijk.

Voorts adviseert het college om de toelichting wat betreft enkele mogelijk discriminatoire neveneffecten te verduidelijken. Op de door het CRM genoemde neveneffecten wordt hier ingegaan. Men kan zich laten testen en een testbewijs ontvangen zonder dat daarvoor kosten in rekening worden gebracht door de uitvoerder van de test en de verstrekker van het testbewijs. Speciaal voor de inzet van testbewijzen worden testlocaties ingericht. Anders dan het CRM veronderstelt, zal een testbewijs ook anders dan langs digitale weg verkrijgbaar zijn; dit wil zeggen dat de geteste persoon daarvoor geen ICT-middelen nodig heeft. Bij de daadwerkelijke inzet van testbewijzen door middel van een ministeriële regeling op basis van de geclausuleerde delegatiegrondslag zullen mogelijke alternatieven voor mensen die zich niet kunnen of willen laten testen, maar wel gebruik willen maken van de als niet-essentieel bestempelde voorzieningen, tegen het licht worden gehouden; de beschikbaarheid van alternatieven zal gemonitord worden in het kader van de periodieke besluitvorming over de maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19. Verder gaat het CRM er ten onrechte van uit dat testbewijzen in het geheel niet zouden mogen worden gebruikt indien dat niet wettelijk is voorgeschreven. In bovenstaande reactie op het advies van de AP is daar uitgebreid bij stilgestaan. Kortheidshalve wordt daarom verwezen naar paragraaf 9.2.

Tot slot vraagt het college aandacht voor de positie van mensen met een beperking. Het college adviseert de regering om expliciet te reflecteren op de input die in de consultatieronde door mensen met een beperking en hun organisaties wordt gegeven. Verder beveelt het CRM aan om mensen met een beperking te betrekken bij het uitwerken en testen van de applicatie voor het tonen van het testbewijs. Naar aanleiding daarvan wordt het volgende opgemerkt. Ieder(in) heeft een reactie op het wetsvoorstel gegeven ter gelegenheid van de (internet)consultatie. Net als het college vraagt ieder(in) aandacht voor afstandsonderwijs. In paragraaf 9.6 wordt ingegaan op de inbreng van ieder(in). Bij de verdere uitwerking van de inzet van testbewijzen wordt rekening gehouden met de fysieke toegankelijkheid van testvoorzieningen voor mensen met een beperking. Ook de communicatie en publieksvoorlichting zal mede op deze doelgroep gericht zijn.

9.4. Adviescollege toetsing regeldruk (ATR)

In het advies van 12 maart 2021, kenmerk MvH/RvZ/MK/cd/ATR1655/2021-U028, stelt het ATR voor om in het wetsvoorstel geen beperking in activiteiten en voorzieningen op te nemen bij het bieden van de mogelijkheid tot het inzetten van het testbewijs. Dit voorstel is niet overgenomen. Met het oog op de voorzienbaarheid van beperking van grondrechten is van belang de reikwijdte in het wetsvoorstel zelf af te bakenen. Het CRM wijst daar in zijn advies ook op. Daarbij is de aard van de activiteiten en voorzieningen van belang voor de rechtvaardiging van de beperking van de grondrechten.

Het college adviseert voorts om voorafgaand aan de inzet van testbewijzen voor elk type activiteit of voorziening een experiment uit te voeren, waarin de regeling op werkbaarheid voor burgers, bedrijven en instellingen wordt getest en daarnaast (de aansluiting op) de applicaties wordt beproefd. Dit advies wordt ter harte genomen. Vooruitlopend op de invoering van het wetsvoorstel worden zelfs al Fieldlabs en pilots georganiseerd om op beperkte schaal en in een gecontroleerde omgeving onderzoek te doen naar de praktijk van de inzet van testbewijzen, met inbegrip van het testen van de applicaties voor het tonen en lezen van testbewijzen. Het wetsvoorstel zelf bevat eveneens de mogelijkheid om testbewijzen in te zetten bij specifieke experimenten teneinde praktijkkennis op te doen. Doorslaggevend voor het verrichten van experimenten is niet zozeer het type activiteit of voorziening, zoals het college voorstelt. Waar het om gaat, is of de relevante kennis is opgedaan voordat de beslissing wordt genomen testbewijzen voor te schrijven. Het advies geeft wel aanleiding om in het bijzonder aandacht te schenken aan kleine bedrijven.

Verder beveelt het ATR aan om in de toelichting gedetailleerd te beschrijven hoe voldoende tijdig een schriftelijk testbewijs kan worden verkregen zonder de inzet van ICT-middelen. Op dit moment worden diverse opties hiervoor onderzocht, zodat deze aanbeveling nog niet opgevolgd kan worden. Desalniettemin acht de regering het van groot belang dat testbewijzen ook anders dan langs digitale weg snel te verkrijgen zullen zijn. Thans wordt gezien wat voor burgers, uitvoerders van testen en organisatoren van activiteiten en voorzieningen de meest praktische methode is. De pilots zouden hierbij behulpzaam kunnen zijn.

Het college adviseert om het verschil in plichten tussen burgers en degene die beroeps- of bedrijfsma-

tig aanwezig zijn, te heroverwegen dan wel dit verschil aan burgers uit te leggen, opdat zij vertrouwen behouden in de inzet van het middel van de testbewijzen. In reactie op het advies van het CRM is uitgebreid ingegaan op het bestaan van verschillende regimes tussen werkenden en burgers. Daarom wordt hier verwezen naar paragraaf 8.3. De aanbeveling om burgers uitleg te geven over het verschil in regimes zal worden opgevolgd.

Ook raadt het college aan inzicht te bieden in de reikwijdte van de inspanningsverplichting van onderwijsinstellingen ten aanzien van studenten die niet over een testbewijs beschikken. Deze aanbeveling is overgenomen door te verduidelijken wat voor soort verplichtingen aan onderwijsinstellingen kunnen worden opgelegd.

Tot slot adviseert het ATR om de regeldrukparagraaf aan te vullen met een beschrijving en berekening van de regeldrukgevolgen voor uitvoerders van testen en onderwijsinstellingen. Naar aanleiding van dit advies is de regeldrukparagraaf aangevuld.

9.5. Caribisch Nederland

Bij brief van 15 maart 2021, kenmerk P&A/2021001787, onderschrijft het openbaar lichaam Bonaire de strekking van het wetsvoorstel. Verwacht wordt dat testbewijzen alleen zullen kunnen worden ingezet bij evenementen die in een afgesloten of controleerbare ruimte plaatsvinden. Het verzoek om Bonaire uit te zonderen van de inzet van testbewijzen in het onderwijs, zal worden meegenomen bij het tot stand brengen van een eventuele algemene maatregel van bestuur.

Bonaire geeft aan dat indien van deze nieuwe mogelijkheid gebruik gemaakt gaat worden het belangrijk is dat de technische toepassingen ook daadwerkelijk kunnen worden gebruikt. Bonaire merkt daarbij op dat de inwoners van Bonaire niet beschikken over DigiD en burgerservicenummer (BSN). In antwoord hierop merkt de regering op dat het BSN niet gebruikt wordt voor testbewijzen. DigiD wordt enkel gebruikt voor het ophalen van een testresultaat bij de GGD. Het ophalen van testresultaten van andere, private, aanbieder gebeurt met een andere koppeling. Op Bonaire kan dus gebruik gemaakt worden van een andere koppeling dan DigiD.

Verder zal, zoals terecht is aangedragen, rekening worden gehouden met de lokale context indien experimenten worden uitgevoerd op Bonaire of daar testbewijzen worden ingezet. Dat zal in overleg worden gedaan.

Bonaire bepleit dat elke burger op gelijke wijze toegang behoudt tot sectoren waar testbewijzen worden ingezet en signaleert dat de financiering van de testcapaciteit daaraan in de weg kan staan. Zoals toegelicht, zal het Rijk de kosten van het testen in ieder geval tot en met april 2021 dragen. Ondertussen wordt onderzocht of het profijtbeginsel zal kunnen gelden voor de periode daarna. Daarbij worden behalve uitvoeringstechnische, ook maatschappelijke aspecten meegenomen als waar het openbaar lichaam Bonaire aandacht voor vraagt.

Tot slot ondersteunt Bonaire de mogelijkheid van gelijkstelling van een vaccinatiebewijs met een testbewijs en zou het in het verlengde daarvan vaccinatiebewijzen ook willen benutten voor het heropenen van de reissector. Naar aanleiding daarvan wordt opgemerkt dat reizen niet onder de reikwijdte van het wetsvoorstel valt, omdat hiervoor reeds een afzonderlijke grondslag bestaat. Bovendien zou het inzetten van een vaccinatiebewijs als zodanig een (indirecte) vaccinatieplicht opleveren, hetgeen naar het oordeel van de regering onwenselijk is.

9.6. Toezichts- en handhavingstoetsen

Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA)

De NVWA heeft door middel van een HUF-toets van 11 maart 2021 naar aanleiding van de opmerking in de memorie van toelichting dat toezicht en handhaving met betrekking tot de regels inzake testbewijzen op gelijke wijze plaatsvindt als met betrekking tot de gedragsregels die op basis van hoofdstuk Va Wpg al gesteld kunnen worden, bevestigd eenzelfde rol te kunnen vervullen. De NVWA hecht er dan ook aan dat in de toelichting op het wetsvoorstel wordt geëxpliciteerd dat de NVWA geen controlerende taken noch handhavende interventies zal uitvoeren, maar uitsluitend door signalering en melding aan de controlerende en handhavende collega toezichthouders zal bijdragen aan de bevordering van de naleving van voorgestelde maatregelen. Naar aanleiding daarvan is dit geëxpliciteerd in paragraaf 6. *Toezicht en handhaving*. Een verdergaande rol acht de NVWA gelet op de capaciteit, ervaring, competenties en werkwijze niet uitvoerbaar. Daarnaast signaleert de NVWA dat toegangscontrole op testbewijzen in de horeca lastig kan zijn, bijvoorbeeld op terrassen of bij regelmatige in- en uitloop van gasten.

Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ)

De IGJ benadrukt bij schrijven van 15 maart 2021 eveneens dat de rol van de inspectie zal aansluiten bij de bestaande toezichthoudende taken. Terecht merkt de IGJ op dat testbewijzen niet zullen worden ingezet in de zorgsector, zodat van de inspectie geen bijdrage verwacht mag worden wat betreft toezicht en handhaving van de desbetreffende voorschriften. Wel zal de inspectie toezicht uitoefenen op de uitvoerders van de testen. Dat zijn immers zorgaanbieders in de zin van de Wkkgz. Het toezicht van de inspectie strekt zich in dit verband uit tot de kwaliteit en veiligheid van de zorgverlening. Dit heeft consequenties voor de capaciteit van de IGJ, omdat een nieuwe groep zorgaanbieders onder toezicht van de inspectie komt te vallen. De regering heeft oog voor deze consequenties.

Daarnaast mist de IGJ de optie van de inzet van (begeleide) zelftesten. In reactie daarop wordt opgemerkt dat (begeleide) zelftesten inderdaad kunnen bijdragen aan het voorkomen van de verspreiding van het coronavirus. Zij geven een indicatie van het al dan niet besmet zijn met het coronavirus en kunnen aanleiding geven tot het laten uitvoeren van een test. De (begeleide) zelftesten kunnen evenwel niet worden aangewend als bron voor een wettelijk verplicht testbewijs. De afname van de test en de controle van de uitslag is daarvoor met onvoldoende waarborgen omkleed.

Tot slot verzoekt de IGJ om de redactie te verbeteren van de voorgestelde bepalingen over de bewaartermijn van medische dossiers (artikel 58rg Wpg en artikel II). Aan dat verzoek is gehoor gegeven. Verder stelt de IGJ een bewaartermijn voor van twee weken voor medische dossiers met uitsluitend een negatieve testuitslag, aangezien dat volstaat voor het indienen van een klacht van een cliënt en de verantwoording door de aanbieder van testen. Wat betreft medische dossiers met uitsluitend een positieve testuitslag suggereert de IGJ dezelfde termijn. Zoals hierboven naar aanleiding van het advies van de AP opgemerkt, is de maximale bewaartermijn in het wetsvoorstel verlaagd van vijf jaar naar een jaar. Bij de uitwerking in de ministeriële regeling zal de bewaartermijn worden gespecificeerd naar dossiers met negatieve en positieve testuitslagen. Naar aanleiding van de vraag van de IGJ waarom deze termijn anders zou zijn voor positieve testuitslagen dan voor negatieve testuitslagen, is de memorie van toelichting aangevuld.

Inspectie van het Onderwijs (IvhO)

De Ivho plaatst vraagtekens bij het toezicht op en de handhaafbaarheid van het wetsvoorstel en wijst op een aantal onduidelijkheden. Een actieve controlerende rol in de onderwijsinstellingen gaat aanzienlijk verder dan het gebruikelijke toezicht van de inspectie en zou een moeilijk te bepalen maar waarschijnlijk forse extra capaciteit (en dus extra budget) vragen. Wel ziet de Ivho mogelijkheden in de gebruikelijke signaal-gedreven werkwijze, waarbij de betreffende onderwijsinstelling wordt aangesproken op de naleving. Deze werkwijze is volgens de inspectie tot dusverre bij het toezicht op de naleving van corona-gerelateerde wet- en regelgeving effectief gebleken. Verder vindt de Ivho het onduidelijk wat de inspanningsplicht van instellingen ten aanzien van de toegankelijkheid voor studenten zonder testbewijs behelst. De Ivho beveelt aan om deze inspanningsplicht te concretiseren, in de zin dat deze zoveel mogelijk meetbaar en objectiveerbaar is. Onduidelijk is tevens wanneer welke sanctie aan de orde is en aan wie deze eventueel moet worden opgelegd.

In reactie op deze toezichts- en handhavingstoets van de Ivho het volgende. Beoogd wordt om in dit wetsvoorstel grotendeels aan te sluiten bij het toezicht zoals dat ook is geregeld ten aanzien van de reeds geldende tijdelijke bepalingen met betrekking tot de bestrijding van de epidemie van covid-19 die zijn opgenomen in hoofdstuk Va Wpg. De regels omtrent testbewijzen maken immers deel uit van de gedragsvoorschriften. Dat betekent dat voor de Ivho geen actieve rol is voorzien als het gaat om het houden van toezicht op de naleving van de regels omtrent de inzet van testbewijzen. Wel kan de inspectie wijzen op een vermoeden van een overtreding, conform de huidige werkwijze ten aanzien van andere maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19, zoals de afstandsnorm of de mondkapjesplicht.

Van de Ivho wordt verwacht dat zij toezicht houdt op de verplichtingen die specifiek zullen gelden voor onderwijsinstellingen wanneer besloten wordt testbewijzen in te zetten in mbo of ho. Ten eerste is dat de zorgplicht van de instelling voor een toegankelijke voorziening waar studenten zich kunnen laten testen op besmetting met het coronavirus. Het gaat hierbij niet om de kwaliteit en de veiligheid van de testfaciliteit. Dat valt onder het toezicht van de IGJ. De Ivho zou zich moeten richten op de manier waarop de onderwijsinstelling zich jegens de studenten van deze plicht kwijt. Hierbij kan in ieder geval worden gedacht aan het communiceren richting studenten over de wijze waarop zij zich kunnen laten testen. Bij lagere regelgeving zal de zorgplicht worden geconcretiseerd. Uitgangspunt is dat er een testvoorziening is met een hoog bereik onder studenten. De besluitvorming over testmethode en -strategie zal, zoals gebruikelijk bij de toepassing van de routekaart, continu plaatsvinden, mede op basis van advisering door het OMT.

Ten tweede is een rol voorzien voor de Ivho bij het toezicht op de naleving van de verplichtingen

omtrent de wijze waarop de instelling de toegankelijkheid van het onderwijs waarborgt voor studenten zonder testbewijs. Zoals de inspectie adviseert, zullen deze verplichtingen worden geconcretiseerd. Dat zal bij lagere regelgeving worden gedaan. Paragraaf 2.3 is aangevuld met een nadere beschrijving van de invulling die de regering voornemens te geven aan deze verplichting. Ten aanzien van vorm van het toezicht, wordt aangesloten bij het signaal-gestuurd toezicht van de inspectie. Een intensivering van de huidige toezichtstaak wordt daarom niet voorzien. De inspectie zal betrokken worden bij de vormgeving van de lagere regelgeving en zal gevraagd worden daarop een uitvoeringstoets te verrichten, zodat kan worden gezien of eventueel toch een omvangrijker inzet nodig is dan voorzien en welke afspraken hiertoe zouden moeten worden gemaakt. Overigens is niet voorzien in het stellen van sancties door de inspectie ten behoeve van de handhaving. Net zoals dit het geval is bij het toezicht door de inspectie op de reeds geldende voorschriften bij of krachtens hoofdstuk Va Wpg, vindt bestuursrechtelijke handhaving plaats door burgemeester en de minister van VWS. Daarnaast kunnen overtredingen strafrechtelijk gesanctioneerd worden.

Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG)

Bij brief van 15 maart 2021, kenmerk TRE/U202100214, heeft de VNG te kennen gegeven niet in te stemmen met het wetsvoorstel omdat onduidelijk is wat de financiële gevolgen zijn. Naar aanleiding daarvan zijn de financiële gevolgen in paragraaf 7 van de memorie van toelichting verduidelijkt. Samengevat, worden de gevolgen opgevangen overeenkomstig staande afspraken over de bekostiging van de intensivering van de gemeentelijke taken in het kader van de uitbraak van het coronavirus voor de jaren 2020 en 2021.

Ook heeft de VNG zorgen geuit over de handhaafbaarheid van de inzet van testbewijzen. In dit verband wijst de VNG op de fijnmazigheid van de te stellen regels, waardoor het moeilijk is om vast te stellen of op de correcte manier wordt voldaan aan de inzet van testbewijzen. De regering merkt hierbij op dat het toezicht op gelijke wijze plaatsvindt als voor andere maatregelen op grond van hoofdstuk Va Wpg. Wat betreft de voorschriften met betrekking tot de inzet van testbewijzen, ziet het toezicht met name op de toegang tot de activiteiten en voorzieningen: wordt er gecontroleerd op een geldig testbewijs en worden personen die geen testbewijs kunnen tonen de toegang ontzegd? Ter verduidelijking is paragraaf 6 van de memorie van toelichting aangevuld.

Daarnaast heeft de VNG vragen bij de uitvoerbaarheid van het voorstel. Zo geeft de VNG aan dat voorzieningen voor kwetsbare mensen die gericht zijn om meedoen en doorbreken van het sociaal isolement (zoals buurthuizen, inloopcentra en dagbestedingsprojecten) en sporttrainingen en jeugdactiviteiten beter buiten de verplichte testbewijzen gehouden kunnen worden. Ook geeft de VNG het belangrijk te vinden dat er in gelijke toegang tot testmogelijkheden en testbewijzen wordt voorzien. Hierover wordt opgemerkt dat het testbewijs als toegangsvoorwaarde nooit als verzwarende maatregel zal gaan gelden, maar gericht zal zijn op versoepeling van maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19. Het testbewijs zal enkel ingezet worden als minder ingrijpende maatregel om toegang tot bepaalde activiteiten of voorzieningen mogelijk te maken en daardoor bepaalde sectoren van de samenleving eerder te heropenen. Dit brengt met zich mee dat geen testbewijs gevraagd wordt voor voorzieningen voor kwetsbaren en sport- en jeugdactiviteiten die, met inachtneming van de epidemiologische situatie, veilig en verantwoord plaats kunnen vinden met minder ingrijpende maatregelen dan het vereiste van een testbewijs. Bij de uitwerking van de ministeriele regelingen onder dit voorstel zal namelijk steeds worden getoetst of de inzet van testbewijzen als maatregel proportioneel en subsidiair is (artikel 58b Wpg). Hierbij zal onder andere worden gezien een doelgroep niet onevenredig wordt geraakt door de inzet van testbewijzen. Verder zal rekening worden gehouden met de toegankelijkheid van het testen en het verkrijgen van een testbewijs. Zo zijn er voor burgers geen directe kosten verbonden aan het testen en aan het verkrijgen van het testbewijs.

Verder geeft de VNG aan dat de burgemeester een ontheffing kan verlenen op de verplichting van een testbewijs, maar dat in de memorie van toelichting niet wordt ingegaan op welke gevallen het gaat. Naar aanleiding hiervan wordt opgemerkt dat testbewijzen worden ingezet op basis van reeds bestaande grondslagen voor ministeriële regelingen. Voor zover de burgemeester uit hoofde van hoofdstuk Va Wpg reeds beschikt over een ontheffingsbevoegdheid ten aanzien van bij die regelingen te stellen voorschriften, geldt dat ook voor bepalingen omtrent de inzet van testbewijzen in die regelingen. De bestaande ontheffingsbevoegdheid heeft naar zijn aard betrekking op een individueel geval. In algemene zin gelden daarbij de grenzen die artikel 58e Wpg reeds aangeven, zoals het advies van de GGD en de af te wegen belangen, waaronder die van de bestrijding van de epidemie van covid-19.

Tot slot vraagt de VNG aandacht voor de fijnmazige regelingen, waardoor het heel moeilijk is om vast te stellen dat op de correcte manier wordt voldaan aan de inzet van testbewijzen en om toezicht en handhaving toe te passen indien blijkt dat de aanwezige personen de gedragsregels niet in acht kunnen nemen. Tevens wordt opgemerkt dat in de memorie van toelichting de uitvoerbaarheid en

financiële gevolgen van deze aanvullende taken ontbreekt. Naar aanleiding hiervan is in de memorie van toelichting verduidelijkt wat de rol van de toezichthouders is bij de controle van artikel 58rd Wpg en is een voorbeeld toegevoegd over de wijze van de handhaving. Tevens is in de financiële paragraaf toegevoegd op welke wijze de financiële gevolgen voor de gemeenten worden vergoed.

9.7. Belangenorganisaties

Van de volgende belangenorganisaties zijn reacties ontvangen: Eredivisie CV, GGD GHOR Nederland, ICTRecht B.V., Ieder(in), Keuken Kampioen Divisie, Koninklijke Horeca Nederland (KHN), Koninklijke Nederlandse Voetbal Bond (KNVB), MBO Raad, MKB Nederland, Nederlandse orde van advocaten (NOvA), NOC-NSF, SIDN, Stichting uNLock, Vereniging van Universiteiten (VSNU) en VNO-NCW. De reacties van de organisaties waren overwegend positief. Wel is een aantal aandachtspunten naar voren gebracht, die hieronder thematisch behandeld worden. Daarnaast is naar aanleiding van de inbreng van de NOvA een paragraaf over rechtsbescherming toegevoegd aan de memorie van toelichting.

Testen en testbewijzen voor versoepeling maatregelen

Wat Ieder(in) betreft, zouden testbewijzen ook ingezet worden voor sociale contacten en participatie. Aan deze wens wordt in zoverre voldaan dat het wetsvoorstel het mogelijk maakt testbewijzen in te zetten in niet-essentiële sectoren. De Gezondheidsraad heeft dit ook wel gekenschetst als sociale gelegenheden.

Zoals KHN, MKB Nederland, NOC-NSF en VNO-NCW wensen, worden testbewijzen ingezet ter versoepeling van maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 en om sectoren eerder te heropenen. Waar precies testbewijzen zullen worden ingezet, zal nader worden bepaald bij ministeriële regeling; naar aanleiding van het commentaar van SIDN wordt opgemerkt dat de totstandkoming van een dergelijke ministeriële regeling met democratische waarborgen is omkleed. Ieder(in) noemt een aantal randvoorwaarden om de inzet van testbewijzen ook te doen slagen voor mensen met een beperking. Aan dergelijke randvoorwaarden zal worden voldaan: aan testen zijn geen directe kosten verbonden, testfaciliteiten zijn toegankelijk en bereikbaar, er worden ook schriftelijke testbewijzen uitgegeven en de communicatie verloopt via diverse kanalen en in meerdere vormen.

De GGD GHOR Nederland onderstreept de stelling in de memorie van toelichting dat de testcapaciteit van GGD'en niet in het gedrang mag komen. De kerntaak van GGD'en is immers het opsporen en bestrijden van de verspreiding van het coronavirus.

Eredivisie CV, Keuken Kampioen Divisie en KNVB brengen naar voren dat de geldigheidsduur van een testbewijs operationeel werkbaar moet zijn voor stadions, hetgeen bij 48 uur het geval is.

Tijdelijkheid

Eredivisie CV, Keuken Kampioen Divisie, KHN en KNVB geven aan dat het testbewijs een tijdelijke maatregel moet zijn. Zij pleiten voor duidelijke kaders en concrete tijdslijnen. SIDN heeft zorgen bij de korte termijn waarvoor het wetsvoorstel van toepassing is en vraagt zich af of niet beter ingezet kan worden op duurzame alternatieven die ook op korte termijn beschikbaar kunnen zijn voor burgers. Naar aanleiding daarvan wordt opgemerkt dat de inzet van testbewijzen, net als andere maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19, gebaseerd is op een tijdelijke wettelijke grondslag. Deze grondslag kan telkens met drie maanden worden verlengd. Een besluit tot verlenging wordt voorgelegd aan het parlement en de Raad van State. Bovendien zal de inzet van testbewijzen zelf altijd tijdelijk van aard zijn. Het testbewijs zal alleen worden ingezet om maatregelen te versoepelen of sectoren eerder te heropenen. Het wordt daarom gezien als een tijdelijke oplossing voor het veiliger heropenen van de samenleving. Wanneer dit doel ook bereikt zou kunnen door op korte termijn alternatieve maatregelen te treffen, verdient dat de voorkeur.

Medewerkers

ICTRecht, Eredivisie CV en Keuken Kampioen Divisie en KNVB hebben zorgen bij de mate van bescherming tegen de verspreiding van het coronavirus voor wanneer het testbewijs niet verplicht wordt voor medewerkers. Naar aanleiding van deze zorgen en in reactie op het advies van het CRM wordt in de memorie van toelichting nu uitgebreid ingegaan op de positie van medewerkers en de maatregelen tegen de verspreiding van het coronavirus. Korthedshalve wordt hier verwezen naar paragraaf 9.3.

Applicaties en privacy

Eredivisie CV, ICTRecht, Keuken Kampioen Divisie, KNVB, MKB Nederland en VNO-NCW vragen of het

mogelijk zou zijn om in plaats van de applicatie CoronaCheck Scanner de controle op het testbewijs te combineren met de reguliere controlesystemen, zonder daarbij persoonsgegevens over de testuitslag op te slaan. Naar aanleiding van deze suggestie wordt opgemerkt dat het wetsvoorstel is uitgebreid met de mogelijkheid ontheffing te verlenen voor een dergelijk systeem (artikel 58re Wpg).

Eredivisie CV, ICTRecht, Keuken Kampioen Divisie en KNVB ondersteunen het gebruik van de applicaties voor het tonen van het testbewijs en benadrukken dat de verantwoordelijkheid voor de verwerking van persoonsgegevens bij de Rijksoverheid ligt. SIDN en Stichting uNLock zijn kritisch op de exclusiviteit van de applicaties, omdat dit haaks staat op de reeds door VWS ingezette beweging meer regie over data bij de patiënt te leggen, het risico van een single point of failure meebrengt en andere initiatieven blokkeert om test- en vaccinatiedata in beheer van de gebruiker te faciliteren, bijvoorbeeld met behulp van blockchain technologie. Naar aanleiding hiervan wordt opgemerkt dat de minister van VWS inderdaad de verwerkingsverantwoordelijke is in de zin van de AVG. De applicaties zijn zo ontworpen, dat de burger zelf bepaalt of een testuitslag wordt opgenomen in CoronaCheck en of een daarmee gegenereerd testbewijs getoond wordt. Door het gebruik van CoronaCheck Scanner is gegarandeerd dat met de applicatie voor het lezen van het testbewijs geen verdere verwerking van persoonsgegevens plaatsvindt. De privacy is daarmee geborgd. Een paar andere belangrijke voordelen van de het gebruik van deze applicaties is duidelijkheid voor alle personen en organisaties die met testbewijzen moeten werken en de snelheid waarmee de inzet van testbewijzen gerealiseerd kan worden.

De GGD GHOR Nederland is een voorstander van een sterk verkorte bewaartermijn van medische dossiers met uitsluitend voor negatieve testuitslagen en wijst op het belang van de data die het RIVM nodig heeft voor zijn analyses van de ontwikkeling van het coronavirus. De regering zal daar bij het bepalen van de definitieve bewaartermijn rekening mee houden. De lengte van de vast te stellen bewaartermijn wordt nog gezien.

Financiering

Eredivisie CV, Keuken Kampioen Divisie, KHN, KNVB, MKB Nederland, NOC-NSF en VNO-NCW geven aan dat de kosten van het testbewijs niet op de gebruiker verhaald mogen worden, om ongelijkheid te voorkomen. Ook wordt aangegeven dat de kosten niet zouden mogen worden afgewenteld op organisaties in deze sectoren, onder andere omdat zij het zwaar genoeg hebben tijdens deze crisis. De regering heeft begrip voor deze positie. Juist daarom is het van belang door middel van testbewijzen de toegang mogelijk te maken tot activiteiten en voorzieningen die anders niet of slechts met meer beperkingen geopend zouden kunnen worden. Dat biedt de desbetreffende sectoren ook in financieel opzicht weer meer ruimte. In ieder geval tot en met april 2021 zullen de kosten volledig worden gedragen door de Rijksoverheid. Ondertussen wordt onderzocht of het profijtbeginsel zal kunnen gelden voor de financiering van testen in de periode daarna. Daarbij worden zowel uitvoeringstechnische als maatschappelijke aspecten meegenomen.

Onderwijs

VSNU vraagt hoe universiteiten fysiek onderwijs met testbewijs, fysiek onderwijs zonder testbewijs en online onderwijs op afstand voor al hun opleidingen parallel kunnen aanbieden binnen de huidige faciliteiten en de huidige bekostiging. VSNU merkt op dat niet duidelijk is of universiteiten verplicht kunnen worden testbewijzen in te zetten. Verder wijst VSNU erop dat universiteiten zich inspannen om zo veel mogelijk fysiek onderwijs te organiseren voor zo veel mogelijk studenten, maar dat er – anders dan de toelichting lijkt te suggereren – geen afdwingbaar recht op fysiek onderwijs bestaat en dat het aanbieden van fysiek onderwijs geen wettelijke voorwaarde voor bekostiging is.

De regering waardeert dat universiteiten zich zoveel mogelijk inspannen om studenten fysiek onderwijs te geven. Terecht constateert VSNU dat er geen wettelijke plicht is om uitsluitend fysiek onderwijs te geven. Indien het significant opschalen van het fysiek onderwijs op geen andere manier mogelijk is, kunnen mbo en ho worden aangewezen als sectoren waar het testbewijs kan worden ingezet. Het wetsvoorstel bevat de grondslag om onderwijsinstellingen verplichtingen op te leggen met betrekking tot de wijze waarop de toegankelijkheid van het onderwijs wordt gewaarborgd voor studenten die geen testbewijs kunnen tonen. Dat kan fysiek, maar ook digitaal onderwijs zijn. Mede naar aanleiding van de consultatie is in de memorie van toelichting nu uitgebreider toegelicht hoe deze verplichting bij lagere regelgeving geconcretiseerd zal kunnen worden. Wanneer voorschriften worden gesteld over de inzet van testbewijzen, heeft dat betrekking op fysiek onderwijs. Universiteiten kunnen daarbij verplicht worden bij het verlenen van toegang tot fysiek onderwijs te controleren of de student een geldig testbewijs heeft. Alleen onder die voorwaarde kunnen maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 worden versoepeld, bijvoorbeeld door voor deze studenten een uitzondering te maken op de afstandsmaatregel. Het samenstel van deze maatregelen betekent in de praktijk inderdaad dat fysiek en digitaal onderwijs parallel wordt aangeboden.

De MBO Raad wijst er terecht op dat het operationeel niet mogelijk is om alle studenten zonder testbewijs fysiek onderwijs te geven. De memorie van toelichting is aangepast om deze indruk weg te nemen.

Ieder(in) bepleit het behoud van afstandsonderwijs voor studenten voor wie afstandsonderwijs een uitkomst biedt vanwege hun gezondheid. Opschaling van het fysieke onderwijs zou niet tot gevolg mogen hebben dat de mogelijkheid tot het volgen van afstandsonderwijs voor deze studenten weer afneemt. Indien het werken met verplichte testbewijzen wordt ingezet, is dit met het doel het fysiek onderwijs significant op te schalen. Tegelijkertijd zal, zolang de maatregel geldt, ook nog sprake zijn van een epidemiologische situatie waardoor regulier fysiek onderwijs zoals vóór de coronacrisis niet mogelijk is. De verwachting is dan ook niet dat voor studenten in de risicogroep de mogelijkheid tot het volgen van online onderwijs zal afnemen.

Ieder(in) merkt voorts op dat instellingen zich zouden moeten inspannen zodat ook studenten die zich niet kunnen laten testen vanwege hun beperking, op een goede manier onderwijs kunnen volgen. Inderdaad is ook voor deze groep studenten van belang dat de onderwijsinstelling een bewuste afweging maakt of aan hen, gelet op het onderwijstype in kwestie en een extra ondersteuningsvraag, fysiek of online onderwijs wordt verzorgd. Daarbij dient er ook aandacht te zijn voor mogelijke gezondheidsrisico's die fysiek onderwijs voor de student met zich meebrengen. Verder stelt ieder(in) voor het gebruik van testbewijzen ook toe te passen op alle vormen van onderwijs die normaliter buiten de instelling plaatsvinden, zoals stages maar ook praktijkopdrachten. Naar aanleiding daarvan wordt opgemerkt dat het wetsvoorstel uitsluit dat testbewijzen worden verplicht voor medewerkers. Voor hen gelden andere maatregelen om besmetting met het coronavirus te voorkomen, zowel tussen medewerkers onderling, als tussen medewerkers enerzijds en de deelnemers aan de activiteiten en de bezoekers van de voorziening anderzijds. Dit geldt ook voor studenten die in het kader van onderwijs in de praktijk werkzaam zijn.

10. Overgangsrecht en inwerkingtreding

In afwijking van de vaste verandermomenten en de minimale invoeringstermijn zal het wetsvoorstel direct in werking treden (aanwijzing 4.17 van de Aanwijzingen voor de regelgeving). In het kader van de maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 dient de inzet van testbewijzen met spoed mogelijk gemaakt te worden.

Overgangssituaties doen zich uitsluitend voor met betrekking tot de bewaartermijn van dossiers die alleen betrekking hebben op negatieve of positieve testuitslagen. Het wetsvoorstel regelt dat deze gedurende een bij ministeriële regeling te bepalen termijn van ten hoogste een jaar bewaard dienen te worden, in plaats van de twintig jaar ingevolge artikel 7:454, derde lid, BW en de tien jaar ingevolge artikel 7:454, derde lid, BW BES. Bij wijze van overgangsrecht is geregeld dat dergelijke dossiers die ouder zijn, vernietigd worden.

De inwerkingtreding geschiedt bij koninklijk besluit. Indien gewenst, kan daarbij onderscheid gemaakt worden tussen (onderdelen van) de verschillende artikelen. Op die manier zou een fasering aangebracht kunnen worden.

Artikelsgewijs

Artikel I

Onderdeel A

Ten behoeve van de leesbaarheid van het wetsvoorstel zijn 'testbewijs' en 'testuitslag' toegevoegd aan de begripsbepalingen. Uit een testuitslag blijkt of een persoon op het moment van afname van de test was geïnfecteerd met het virus SARS-CoV-2. Met een testbewijs kan de testuitslag worden aange-toond. Bij de inzet van testbewijzen wordt primair gedacht aan negatieve testuitslagen. Het wetsvoorstel houdt er rekening mee dat het risico om een ander te besmetten behalve met een negatieve testuitslag, ook aan de hand van een positieve testuitslag bepaald kan worden. Onderzocht wordt nog of iemand die covid-19 heeft doorgemaakt, gedurende een bepaalde periode daarna niet of beperkt besmettelijk is. Wanneer dat uit wetenschappelijk onderzoek zou blijken, zal het OMT gevraagd worden te bezien of ook een positieve testuitslag gebruikt kan worden naast of ter vervanging van een recente, negatieve testuitslag. Dit zou uitkomst bieden in geval men positief test na herstel van covid-19 en toch niet of beperkt besmettelijk is, maar geen toegang kan krijgen tot activiteiten of voorzieningen bij gebrek aan een negatieve testuitslag.

Onderdeel B

Artikel 58e Wpg bevat diverse gronden om te differentiëren bij maatregelen op grond van hoofdstuk



Va Wpg. Met de voorgestelde wijziging is daar een grond aan toegevoegd. Bij ministeriële regeling kan onderscheid worden gemaakt op basis van het al dan niet beschikken over een testuitslag. Deze mogelijkheid geldt alleen voor de maatregelen op grond van paragraaf 2 van hoofdstuk Va Wpg en, met uitzondering van het onderwijs, niet voor specifieke sectoren.

Onderdeel C

Met dit onderdeel wordt in hoofdstuk Va de nieuwe paragraaf 3a ingevoegd met een aantal artikelen over de inzet van testbewijzen.

Artikel 58ra. Reikwijdte

Deze bepaling legt de potentiële reikwijdte vast van de inzet van testbewijzen tot bepaalde terreinen of delen daarvan. Om de redenen zoals uiteengezet in het algemeen deel van deze memorie van toelichting, paragraaf 2.3 *Niet-essentiële sectoren*, worden in het eerste lid de terreinen sport- en jeugdactiviteiten, culturele instellingen, evenementen, restaurants en overige horeca, een en ander met inbegrip van doorstroomlocaties, aangewezen. Dit is een limitatieve opsomming. Bij ministeriële regeling wordt bepaald bij welke activiteiten en voorzieningen op deze terreinen testbewijzen worden ingezet. De ministeriële regeling is gestoeld op bestaande grondslagen. Het eerste lid maakt het mogelijk om bij het gebruik van die grondslagen ook regels te stellen over het tonen van een testuitslag voor deelname aan of toegang tot daarbij te bepalen activiteiten of voorzieningen.

Het tweede lid schept de mogelijkheid om mbo, ho of onderdelen daarvan toe te voegen aan de reikwijdte van het wetsvoorstel. Deze toevoeging geschiedt bij algemene maatregel van bestuur en kan nader worden gepreciseerd bij ministeriële regeling. Dat het ook kan gaan om specifieke onderdelen van mbo of ho, blijkt uit de formulering 'voor zover dat ... is bepaald'.

Ingevolge het derde lid is deze uitbreiding van de reikwijdte van het wetsvoorstel slechts mogelijk indien twee waarborgen worden geregeld. Ten eerste zal bij of krachtens algemene maatregel van bestuur concrete invulling worden gegeven aan de zorgplicht van de onderwijsinstelling voor een laagdrempelige testvoorziening waar studenten zich kunnen laten testen. Ten tweede dient nadere invulling te worden gegeven aan de wijze waarop de onderwijsinstelling de toegankelijkheid van het onderwijs waarborgt voor studenten die zich niet willen of kunnen laten testen. Voor het inzetten van verplichte testbewijzen moet aan voornoemde zorgplicht en verplichte waarborgen worden voldaan.

Het vierde lid betreft de totstandkoming van de algemene maatregel van bestuur. De voordracht wordt gedaan door de ministers van VWS, van Justitie en Veiligheid (JenV) en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) in overeenstemming met de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW). Verder is een voorhangprocedure bij het parlement voorgeschreven van één week. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat een eventuele op de algemene maatregel van bestuur te baseren ministeriële regeling ingevolge artikel 58c, eerste lid, Wpg in overeenstemming met de minister van OCW zal worden vastgesteld.

Ingevolge het vijfde lid kunnen bij ministeriële regeling experimenten met de inzet van testbewijzen worden aangewezen op de terreinen die onder de reikwijdte van het wetsvoorstel vallen. Teneinde misverstanden te voorkomen wordt opgemerkt dat het niet gaat om een experimenteerregeling op grond waarvan kan worden afgeweken van hogere regelgeving (zie paragraaf 2.6 van de Aanwijzingen voor de regelgeving). Het gaat om experimenten met het doel om proefondervindelijk na te gaan of, en zo ja, op welke wijze de inzet van testbewijzen kan bijdragen aan het heropenen van de samenleving en het tegengaan van de verspreiding van het virus. Door middel van ervaringen in de praktijk kan een beter beeld worden verkregen van de uitvoerbaarheid en de effecten van de inzet van testbewijzen. Op basis van die kennis kan besloten worden over een bredere toepassing op het desbetreffende (deel)terrein of vergelijkbare (deel)terreinen. Dergelijke experimenten zijn naar hun aard beperkt in tijd en omvang en kunnen bij ministeriële regeling worden aangewezen.

Het zesde lid sluit uit dat de testbewijzen worden verplicht voor degenen die werkzaam zijn bij de activiteiten of voorzieningen waar respectievelijk deelnemers of gebruikers wél een testbewijs moeten hebben. De juridische titel waaronder zij werkzaam zijn, zoals een arbeidsovereenkomst of een opdracht, is niet relevant. Evenmin van belang is of zij werkzaam zijn ten behoeve van de activiteiten of voorzieningen. Een toezichthouder bijvoorbeeld kan niet verplicht worden over een testbewijs te beschikken om ter plekke de naleving van wettelijke voorschriften te controleren. Het gaat erom dat zij beroeps- of bedrijfsmatig aanwezig zijn op de locatie van de activiteiten of voorzieningen. Vrijwilligers vallen daar niet onder. Voor hen kan wel een testbewijs voorgeschreven worden.

Artikel 58rb. Voorwaarden

Deze bepaling bevat de voorwaarden waaraan voldaan dient te worden om de ministeriële regeling te mogen vaststellen. Deze voorwaarden zijn ontleend aan het afwegingskader in het advies van de Gezondheidsraad op de manier zoals beschreven in het algemeen deel van de memorie van toelichting, paragraaf 2.1 *Afwegings- en toetsingskader*. In aanvulling daarop wordt hier de aandacht gevestigd op de doelen die met de inzet van testbewijzen worden nagestreefd. Deze hangen onder meer af van de epidemiologische omstandigheden. Het kan bijvoorbeeld gaan om de opening van de samenleving bij het afschalen van maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 of om het zo lang mogelijk open houden van de samenleving bij het opschalen van dergelijke maatregelen wanneer de verspreiding van het coronavirus toeneemt. De inzet van testbewijzen kan in beide situaties maatschappelijk zijn aangewezen, waarbij dit begrip breed kan worden opgevat. Het omvat niet alleen de sociale, maar ook de economische aspecten van de samenleving. Anders gezegd, behalve het welzijn, ook de welvaart. De inzet van testbewijzen dient noodzakelijk, proportioneel en subsidiair te zijn. Verder dient de uitvoerbaarheid geborgd te zijn en moeten waarborgen getroffen zijn ter voorkoming van maatschappelijk ongewenste effecten.

De voorwaarden gelden ook voor experimenten, zij het dat de aard van proefondervindelijke inzet van testbewijzen maakt dat sommige voorwaarden anders gewogen worden. Zo zal een experiment op zichzelf niet de lokale, regionale of nationale verspreiding van het coronavirus tegengaan. Wel zal een experiment zodanig moeten worden ingericht dat het risico op verspreiding als gevolg van de uitvoering van het experiment beperkt is.

Artikel 58rc. Testuitslag

Het eerste lid voorziet erin dat bij de ministeriële regeling waarmee maatregelen worden getroffen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 – in aanvulling op het onderscheid op basis van testbewijzen dat op grond van het met dit wetsvoorstel te wijzigen artikel 58e Wpg bij het treffen van maatregelen kan worden gemaakt – eisen worden gesteld met betrekking tot de test, zoals de negatieve of positieve uitslag van de test, eisen omtrent de geldigheidsduur van de test, de taal van de uitslag en het logo of keurmerk van een instituut of arts. Er kan ook gebruikmaking van een specifiek type test worden voorgeschreven, zoals de PCR-test. Er is een zeer klein aantal mensen waarbij een bepaald type test, bijvoorbeeld om anatomische redenen, niet uitgevoerd kan worden. In die uitzonderlijke gevallen zal een alternatieve test kunnen worden verricht.

Het tweede lid van het voorgestelde artikel 58rc bevat de grondslag om tevens verplichtingen te stellen met betrekking tot het tonen van een testuitslag waaruit blijkt of hij op het moment van testen was geïnfecteerd met het coronavirus. Het betreft een verplichting om een testbewijs en – indien voorgeschreven – een identiteitsbewijs te tonen. Degene die verantwoordelijk is voor de activiteiten, de voorzieningen of het onderwijs waar testbewijzen verplicht zijn, moet om een testbewijs en – indien voorgeschreven – een identiteitsbewijs vragen en personen die deze bewijzen desgevraagd niet kunnen tonen, geen toegang verschaffen tot of verwijderen van de desbetreffende publieke of besloten plaats. Voor de inzet van het testbewijs zijn dit belangrijke verplichtingen. Ook aan een toezichthouder op de naleving van de wettelijke voorschriften over de inzet van het testbewijs moet het testbewijs desgewenst getoond worden.

Artikel 58rd. Testbewijs

Deze bepaling regelt de manier waarop een testuitslag wordt aangetoond en gecontroleerd. Dit is in het algemeen deel van de toelichting al beschreven in paragraaf 2.6 *Inzet testbewijs*.

Ingevolge het eerste lid is voor het aantonen van de testuitslag een testbewijs vereist. Dit is een vereenvoudigde presentatie van de testuitslag. Een testbewijs bestaat uit een machine-leesbare code en kan digitaal of schriftelijk verstrekt worden. Het digitale testbewijs wordt gegenereerd met de door het ministerie van VWS beschikbaar gestelde applicatie CoronaCheck. Deze applicatie zal kosteloos te verkrijgen zijn in de App Store van Apple en de Google Play Store. Met een andere applicatie kan geen wettelijk testbewijs worden gegenereerd. Onderzocht wordt of het testbewijs ook op een digitale manier kan worden verstrekt waarvoor de geteste persoon geen ICT-middelen nodig heeft, namelijk op een chip. Wanneer dat te realiseren is, kan bij ministeriële regeling een dergelijke digitale drager worden aangewezen als alternatief voor CoronaCheck. Een schriftelijk testbewijs bestaat uit een machine-leesbare code op papier.

Het tweede lid biedt de grondslag om nader te bepalen aan welke eisen een schriftelijk testbewijs en een eventuele digitale drager moet voldoen. De betrouwbaarheid van de testuitslagen waarop het testbewijs is gebaseerd, is essentieel. Ook moet nagegaan kunnen worden of het testresultaat betrekking heeft op de persoon die het testbewijs toont. Daarvoor zijn summierse persoonsgegevens

nodig. In de huidige opzet van de applicaties worden daarvoor de initialen van de geteste persoon en de maand en dag van zijn geboortedatum gebruikt. Het is echter niet uitgesloten dat in de toekomst, bijvoorbeeld op basis van praktijktesten, gekozen wordt voor andere, minimale gegevens.

Ingevolge het derde lid dient een testbewijs bij het controleren te worden gelezen met een specifieke applicatie (CoronaCheck Scanner). Ook deze applicatie wordt door het ministerie van VWS beschikbaar gesteld en zal kosteloos te verkrijgen zijn in de App Store van Apple en de Google Play Store.

In het vierde lid is nadrukkelijk vastgelegd dat de minister van VWS verantwoordelijk is voor de applicaties. Een belangrijke rol is de verificatie van de betrouwbaarheid van de testuitslag. Geborgd dient te zijn dat alleen testuitslagen van aangesloten uitvoerders van testen worden gebruikt.

Het vijfde lid stelt – ten overvloede – dat de minister van VWS de verwerkingsverantwoordelijke is in de zin van de AVG en de Wpb BES. Immers, de minister bepaalt het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens met de applicaties en de eventueel te introduceren alternatieve digitale drager.

Het zesde lid bevat de grondslag voor het verwerken van persoonsgegevens met de applicaties en de eventuele digitale drager door de uitvoerder van de test, de geteste persoon en de organisator van de activiteit, de voorziening of het onderwijs waartoe de geteste persoon toegang wil krijgen. Welke persoonsgegevens dat precies zijn, wordt bij ministeriële regeling bepaald. Het betreft de persoonsgegevens die corresponderen met de eisen die op grond van het voorgestelde artikel 58rc, eerste lid, worden gesteld aan de test. Aangezien de test informatie bevat over de besmetting met het coronavirus, gaat het mede om persoonsgegevens over gezondheid.

Het zevende lid bepaalt dat de applicatie voor het lezen van het testbewijs (CoronaCheck Scanner) de persoonsgegevens slechts kortstondig laat zien. Direct daarna worden de gegevens verwijderd van het toestel van de organisator.

Het achtste lid is om te beginnen van belang voor de uitvoerders van de testen. Zij verstrekken met de applicatie CoronaCheck en op de eventueel te introduceren alternatieve digitale drager persoonsgegevens, waaronder over de gezondheid, aan de geteste persoon. Voordat zij daartoe in staat worden gesteld, moeten zij aantonen te voldoen aan bij ministeriële regeling te bepalen eisen met betrekking tot de beveiliging van de gegevens. Daarnaast kunnen ook voorwaarden worden gesteld aan het gebruik van de applicaties en de eventueel aangewezen drager door de organisatie die het testbewijs moet controleren. Dit is geregeld in de onderdelen a tot en met c. Ook aan het gebruik van de applicatie voor het tonen van het testbewijs of de eventueel te introduceren alternatieve digitale drager door de persoon die het testbewijs moet tonen, kunnen eisen worden gesteld. Dit is geregeld in onderdeel d.

Het negende lid bevat de plicht voor de minister van VWS om de gebruikers van de applicatie CoronaCheck bepaalde informatie te verschaffen. Om te beginnen informatie over de uitoefening van rechten uit hoofde van de AVG en de Wbp BES. Verder moet worden gewezen op de mogelijkheid een klacht in te dienen bij de AP. Tot slot moet worden uitgelegd hoe de applicatie omgaat met de persoonsgegevens.

Artikel 58re. Ontheffing en vrijstelling

In beginsel worden testbewijzen gelezen met de applicatie CoronaCheck Scanner. Het voorgestelde artikel 58re maakt het echter mogelijk ontheffing te verlenen van dit gebod. Deze mogelijkheid kan van belang zijn voor een beperkt aantal organisaties die al een geautomatiseerd systeem hebben om personen te controleren bij de toegang tot activiteiten of voorzieningen. Ontheffing wordt slechts overwogen wanneer het gaat om de controle van grote aantallen personen in korte tijd en de implementatie van CoronaCheck Scanner aanzienlijke investeringen zou vergen. Uiteraard zal dan nog steeds voldaan moeten worden aan de verplichting om deelnemers aan de activiteiten of gebruikers van de voorzieningen te controleren op geldige testbewijzen. Bovendien zal deze controle met dezelfde waarborgen omtrent onder meer betrouwbaarheid van de testbewijzen en de bescherming van de privacy dienen plaats te vinden als waarin CoronaCheck Scanner voorziet. Daarom is bepaald dat aan een ontheffing voorschriften en beperkingen kunnen worden verbonden. Op die manier kunnen de nodige eisen worden gesteld aan het geautomatiseerde controlesysteem.

Het is voorts niet uit te sluiten dat een controlesysteem waarvoor ontheffing wordt verleend de voorgeschreven elektronische of schriftelijke testbewijzen niet kan lezen, maar anders vorm gegeven testbewijzen wel. Dan kan bij ministeriële regeling een vrijstelling worden geregeld voor de deelnemers aan of gebruikers van respectievelijk de activiteiten of voorzieningen waarop de ontheffing ziet. De verplichting om een testbewijs te tonen blijft in stand. Aan de vrijstelling kunnen voorschriften en

beperkingen worden verbonden om voor het alternatieve testbewijs dezelfde waarborgen te creëren als gelden voor de standaard testbewijzen.

Het vijfde lid voorziet in de grondslag voor de gegevensverwerking in geval ontheffing of vrijstelling is gegeven. De uitvoerder van de test, de geteste persoon en de bevoegde of onderwijsinstelling verwerken de bij ministeriële regeling te bepalen (medische) persoonsgegevens die noodzakelijk zijn voor de toepassing van het geautomatiseerde controlesysteem en het alternatieve testbewijs. Het geautomatiseerde controlesysteem mag de persoonsgegevens uitsluitend gedurende een bij ministeriële regeling te bepalen aantal seconden zichtbaar maken, waarna deze persoonsgegevens onmiddellijk vernietigd worden.

Artikel 58rf. Gelijktelling

Deze bepaling bevat de grondslag om andere documenten gelijk te stellen aan een testuitslag. Het eerste lid maakt het in de eerste plaats mogelijk een medische verklaring over de besmettelijkheid in de plaats te stellen van een negatieve of positieve testuitslag. Verder is het thans nog onduidelijk of een vaccinatie van invloed is op het risico om een ander te besmetten. Zo lang dit onduidelijk is, zullen ook personen die gevaccineerd zijn zich moeten laten testen om een testbewijs te kunnen genereren. Zodra uit wetenschappelijk onderzoek in hoeverre een gevaccineerde besmettelijk is, kan bezien worden of een vaccinatiebewijs in de plaats kan komen van een recente, negatieve testuitslag. Benadrukt wordt dat hier geen sprake is van een indirecte vaccinatieplicht. Iemand die zich niet wil of kan laten vaccineren of geen vaccinatiebewijs wenst te tonen, kan zich laten testen om een testbewijs te verkrijgen. Mocht uit onderzoek blijken dat testen bij gevaccineerden positieve uitslagen geven terwijl zij niet of beperkt besmettelijk zijn, dan is het zelfs noodzakelijk om de niet-besmettelijkheid met een vaccinatiebewijs te kunnen aantonen in plaats van een testuitslag.

Indien op basis van het voorgestelde artikel 58rf bij ministeriële regeling alternatieve indicatoren zoals een medische verklaring of een vaccinatiebewijs gelijk worden gesteld met een testuitslag, zal daarbij worden bepaald aan welke voorwaarden voldaan moet zijn, net zoals er eisen kunnen worden gesteld aan het testbewijs. Het OMT zal worden geconsulteerd voordat gebruik wordt gemaakt van deze grondslag.

Ingevolge het tweede lid zijn de bepalingen met betrekking tot de uitvoerder van de test van overeenkomstige toepassing op de verstrekker van een document dat gelijk is gesteld aan een testbewijs. Aldus heeft de toediener van een vaccinatie de grondslag om de benodigde (medische) persoonsgegevens te verstrekken.

Artikel 58rg. Geneeskundige behandelingsovereenkomst

Wanneer testbewijzen verplicht gesteld worden, kan de vraag rijzen of dat betekent dat de test zelf wordt verricht in opdracht van degene die de activiteiten organiseert of de voorziening beheert waar iemand aan deel wenst te nemen of gebruik van te maken. Een bevestigend antwoord op deze vraag zou er geleid op artikel 7:446, vierde lid, BW of artikel 7:446, vijfde lid, BW BES toe leiden dat in die gevallen geen geneeskundige behandelingsovereenkomst tot stand komt. Dan zouden de bepalingen in het BW en BW BES over de geneeskundige behandelingsovereenkomst toch nog wel zoveel mogelijk van overeenkomstige toepassing zijn (artikel 7:464, eerste lid, BW en BW BES) en er zouden specifieke, afwijkende voorschriften gelden voor het bewaren van persoonsgegevens. Voor uitvoerders van testen zou dit in de praktijk tot problemen leiden, omdat er afhankelijk van de reden dat iemand zich laat testen één van de twee hierboven geschetste juridische regimes zou gelden. Dit, terwijl het niet altijd te achterhalen is waarom iemand zich laat testen en de testuitslag voor meerdere doelen gebruikt kan worden. Om hier geen misverstanden over te laten bestaan, is uitdrukkelijk bepaald dat het uitvoeren van een test in het kader van de inzet van testbewijzen niet kwalificeert als -kortweg- een keuring in de zin van artikel 7:446, vierde lid, BW of 7:446, vijfde lid, BW BES. Dit betekent dat het uitvoeren van een test geschiedt op basis van een geneeskundige behandelingsovereenkomst.

Onderdeel D

Met de voorgestelde wijziging van artikel 68bis wordt de sanctionering geregeld bij overtreding van de regels die bij of krachtens de voorgestelde artikelen 58rd of 58re zijn gesteld over het gebruik van digitale of schriftelijke testbewijzen. Met een hechtenis van ten hoogste zeven dagen of geldboete van de eerste categorie wordt gestraft indien in strijd is gehandeld met het voorgestelde artikel 58rd, derde lid of achtste lid, onderdelen a, b of c. Dit zijn voorschriften die zich richten tot de uitvoerder van de test of de organisatie die moet controleren op een geldig testbewijs. Meer concreet gaat het om het gebruiken van andere controlemiddelen dan CoronaChecker Scanner en om het overtreden van de voorwaarden die gelden voor de toepassing van de applicaties of de eventuele alternatieve digitale drager van het testbewijs. Het overtreden van aan een eventuele ontheffing op grond van het



voorgestelde artikel 58rd1, tweede lid, verbonden voorschriften en beperkingen is op dezelfde wijze gesanctioneerd. Daarvoor wordt voorgesteld artikel 68bis, eerste lid, onderdeel b, Wpg aan te passen.

Voor degene die verplicht is het testbewijs te tonen en daarbij niet op de juiste manier de middelen gebruikt zoals het voorgestelde artikel 58rd, eerste lid en achtste lid, onderdeel d, voorschrijft, bedraagt de geldboete ten hoogste € 95. Dat geldt ook bij overtreding van aan een eventuele vrijstelling op grond van het voorgestelde artikel 58re, vierde lid, verbonden

voorschriften en beperkingen. Deze overtredingen vallen onder de voorgestelde wijziging van artikel 68bis, tweede lid. Als gevolg van de voorgestelde wijziging van artikel 68bis, vierde lid, wordt van het opleggen van die geldboete geen aantekening gemaakt in de justitiële gegevens.

Artikelen II en III

In artikel II wordt een uitzondering gemaakt op de bewaartermijn van artikel 7:454, derde lid, BW en artikel 7:454, derde lid, BW BES. Deze bepaling is niet opgenomen in de wijziging van de Wpg, aangezien de werkingssfeer van de bewaartermijn zich uitstrekt voorbij de periode waarin de tijdelijke bepalingen van hoofdstuk Va Wpg van kracht zijn. Een dossier dat alleen is aangelegd voor een negatieve of positieve testuitslag, wordt gedurende een bij ministeriële regeling te bepalen termijn van ten hoogste een jaar bewaard in plaats van de twintig jaar en tien jaar die respectievelijk het BW en het BW BES voorschrijft. Op dossiers die behalve een negatieve of positieve testuitslag ook andere medische gegevens bevatten, blijven het BW en het BW BES onverkort van toepassing. Dit is in het algemeen deel van deze memorie van toelichting uiteengezet in paragrafen 4.4. *Nationale wetgeving* en 10. *Overgangsrecht en inwerkingtreding*, in welke laatste paragraaf ook artikel III is toegelicht.

Deze toelichting wordt ondertekend mede namens de Minister van Justitie en Veiligheid en de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

De Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport,