

Aan de Koning

Kenmerk
2344553-1006112-WJZ
Den Haag
16 april 2021

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 (immuniteits)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,

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.

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.

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.*

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 níet (meteen) in aanmerking komen voor de inzet van testbewijzen. Mogen zij –

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.

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 níet (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

⁵ *Memorie van toelichting, paragraaf 2.2 en 4.1.*

⁶ *Memorie van toelichting, paragraaf 7.*

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-

⁷ *Memorie van toelichting, paragraaf 2.2.*

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 enerzijds onderscheid maken tussen de verschillende categorieën

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.

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.

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.

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 níet-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

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.*

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) níet 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

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.

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 testbewijze, 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.

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.

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.

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

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.

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.

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 zélf 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 profijtbeginzel 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

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, zónder 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.*

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 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

²⁸ *Memorie van toelichting, paragraaf 2.2.*

²⁹ *Memorie van toelichting, paragraaf 4.1.*

³⁰ *Memorie van toelichting, paragraaf 2.2.*

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 kunnen 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

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.

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.

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 blijkens de toelichting gelegen in de afhankelijkheidsrelatie tussen

³⁵ *Memorie van toelichting, paragraaf 3.*

³⁶ *Memorie van toelichting, paragraaf 2.3, paragraaf 9.3.*

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

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

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 geveerd); artikel 3.2a van het Arbeidsomstandighedenbesluit; artikel 7:658, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek.

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, 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

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.

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

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.

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

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, 35049, nr. J; en voorlichting van 17 juni 2020, W13.20.0105/III, Kamerstukken I 2019/20, 35049, 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.

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

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).*

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 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.

⁵⁵ Voorgesteld artikel 58rb van de Wet publieke gezondheid.

⁵⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 2.4 en 4.2.

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

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, 35526, 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, 35526, nr. 4 (punt 3a).

⁶¹ Memorie van toelichting, paragraaf 2.4.

⁶² Artikel 58c van de Wet publieke gezondheid.

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 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

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

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

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 ontzeggen 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

⁶⁵ *Memorie van toelichting, paragraaf 2.9 Testbewijzen.*

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

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.

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.

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.*

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

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.*

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 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.

Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
De Minister van Volksgezondheid,
Welzijn en Sport,

H.M. de Jonge

