

Reactie wetsvoorstel (gedwongen) testen bij vertrek

Mr. F. Zeven

8 juni 2023

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave	1
Inleiding	2
Opmerkingen vooraf	3
Onvoldoende toetsing aan Europees recht	4
Het recht op privacy	4
Artikelen 3 en 8 van het EVRM	5
IVRK	7
Rechtsbescherming	8
Conclusie	9

Inleiding

Op 13 april 2023 is de internetconsultatie voor de wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 teneinde te voorzien in de mogelijkheid bij uitzetting of overdracht te onderzoeken of een vreemdeling lijdt aan een ernstige besmettelijke ziekte (hierna: Wet testen bij vertrek) opengesteld voor reacties. Hoewel er hoe dan ook vraagtekens gesteld moeten worden bij het instellen van een dergelijke wet, wordt in deze reactie besproken in hoeverre het wetsvoorstel in lijn is met het verbod op een schending van de lichamelijke integriteit, als vastgelegd in artikel 11 van de Grondwet en in artikelen 3 en 8 EVRM, en met privacywetgeving.

De aanleiding voor dit wetsvoorstel is de COVID-19 pandemie, waardoor meerdere landen als voorwaarde voor inreizen van terugkerende migranten en/of asielzoekers een negatief testbewijs vereis(t)en. Aangezien sommige landen een dergelijk bewijs momenteel nog steeds vereisen, leidt het niet testen volgens de staatssecretaris tot een vermindering van de uitvoerbaarheid van het Nederlandse vertrekbeleid. De staatssecretaris noemt hierbij in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel (hierna: MvT), zonder bronnen, de landen Bangladesh en Niger, als landen waarbij dit beleid nog wordt gehanteerd.¹ In plaats van aan de hand van een beleidswijziging, wil de staatssecretaris zich met een wetswijziging voorbereiden op een eventuele volgende pandemie. Hierbij wordt als belangrijkste reden hiervoor een wettelijke basis genoemd, aangezien dit een vereiste is bij het afnemen van dergelijke, gedwongen testen en een (mogelijke) inmenging in de privésfeer van de mensen die getest worden. Hieronder wordt besproken in hoeverre er in het wetsvoorstel verder rekening is gehouden met de inmenging in de privésfeer en lichamelijke integriteit van mensen die zullen worden onderworpen aan de medische testen in het kader van de terugkeerplicht. Er zal blijken dat deze mensen onvoldoende worden gewaarborgd in het huidige wetsvoorstel, gezien de beperkte bespreking hiervan in de MvT. Hierdoor kan het wetsvoorstel in deze vorm geen doorgang kan vinden, of zal dit in ieder geval aangepast moeten worden om in lijn te zijn Europees recht.

¹ Memorie van Toelichting bij de Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 teneinde te voorzien in de mogelijkheid bij uitzetting of overdracht te onderzoeken of een vreemdeling lijdt aan een ernstige besmettelijke ziekte (Wet testen bij vertrek), vindplaats: <https://www.internetconsultatie.nl/vreemdelingenrecht/b1>, p. 3).

Opmerkingen vooraf

De staatssecretaris baseert dit wetsvoorstel onder meer op een Afdelingsuitspraak van 13 januari 2022 (ECLI:NL:RVS:2022:85),² zo blijkt uit de MvT.³ Dit verdient opmerking, omdat deze uitspraak een situatie betrof waarin de Dublinverordening van toepassing was,⁴ en de staatssecretaris stelt in de MvT dat het laten afnemen van een PCR-test onderdeel zou uitmaken van het verplichte meewerken aan de uitzetting, zoals zou volgen uit de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: Vw).⁵ Hoewel mensen moeten meewerken aan een overdracht, is zeker niet gezegd dat dit strekt tot het verplicht ondergaan van medische testen. Dit blijkt dan ook uit de genoemde Afdelingsuitspraak: het weigeren van de test komt voor risico van de vreemdeling, zo stelt de Afdeling, maar brengt niet met zich mee dat inbewaringstelling mag volgen.

Daarbij stelt de staatssecretaris in de MvT dat migranten het weigeren van de test of het weigeren van het delen van de testuitslag met de Dienst Terugkeer en Vertrek (hierna: DT&V), zouden gebruiken om uitzetting te voorkomen.⁶ Hier lijkt de staatssecretaris er van uit te gaan dat dit de enige mogelijke motivatie zou zijn voor een weigering van een PCR-test. Dit terwijl een weigering van de aantasting van de lichamelijke integriteit een zeer voorstelbare, andere reden is, zoals die het was voor vele Nederlanders tijdens het (gedwongen) testen voor evenementen en reizen. Het is opvallend dat de staatssecretaris dit niet als uitgangspunt neemt, aangezien het voorkomen van een aantasting van de lichamelijke integriteit en het privéleven juist centraal zou moeten staan bij een wetsvoorstel zoals deze, en dus in de MvT die dit voorstel toelicht. Over die eventuele aantasting van de lichamelijke integriteit en het privéleven is de staatssecretaris juist erg kort.

Wat verder noemenswaardig is, is het grote verschil in toelichting van de inbreuk op grondrechten met een ander wetsvoorstel, dat ook over medische testen gaat, maar dan van mensen met de Nederlandse identiteit. Namelijk de Wijziging van de Wet publieke gezondheid in verband met de bestrijding van een epidemie van infectieziekten behorend tot groep A1, of een directe dreiging daarvan.⁷ Hiermee lijkt het alsof er een andere waardering van de grondrechten van derdelanders anders worden beschouwd dan de grondrechten van Nederlanders, wat raakt aan (in)directe discriminatie.

² Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, 13 januari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:85.

³ MvT, p. 4.

⁴ Verordening (EU), nr. 604/2013 (hierna: Dublinverordening).

⁵ MvT, p. 4.

⁶ MvT, p. 4.

⁷ Kamerstukken II, 2021–2022, 36 194, nr. 3.

Onvoldoende toetsing aan Europees recht

Een toetsing aan hoger recht, zoals het Europese recht, is nadrukkelijk opgenomen in de Aanwijzingen voor de regelgeving⁸, het Integraal Afwegingskader (IAK)⁹ en het Toetsingskader Digitalisering, of de Data Protection Impact Assessment (DPIA),¹⁰ die op grond van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) wordt vereist. Dit wordt ook getoetst door de Afdeling Advisering van de Raad van State. De toetsing volgt ook direct uit de werking van het Europese recht, waarbij voorrang en rechtstreekse werking van toepassing zijn. De vereiste toets aan dit recht geldt voor zowel de inhoudelijke als de meer technische aandachtspunten van nieuwe wet- en regelgeving van de lidstaten.

Hoewel een toetsing aan het Europese recht dus wordt vereist, mede na herhaaldelijk aangenomen kamermoties hierover, is de toets hieraan bij het opstellen van de Wet testen bij vertrek erg summier. Hierbij is nog van belang dat een inperking van (Europese) mensenrechten slechts is gelegitimeerd, wanneer deze dringend noodzakelijk is voor een legitiem doel en het middel proportioneel en geschikt is om dit doel in het concrete geval te bereiken. Of hiervan sprake is, moet per geval en per mensenrecht apart worden beoordeeld, en is afhankelijk zijn van de (epidemiologische) situatie en de relatieve effectiviteit van andere mogelijke maatregelen op een bepaald moment. Hieronder wordt kort, voor een deel van het toepasselijk Europeesrechtelijk kader, toegelicht waarom de toetsing aan Europees recht en de borging van deze mensenrechten onvoldoende zijn gewaarborgd in de Wet testen bij vertrek.

Het recht op privacy

De staatssecretaris beperkt zich bij het huidige wetsvoorstel voor de Wet testen bij vertrek tot het (gedwongen), medisch testen van migranten die in vreemdelingenbewaring zitten, om ze zo beschikbaar te houden voor vertrek. Allereerst is het hierbij van belang om te noemen dat vreemdelingenbewaring een bestuursrechtelijke maatregel is, niet een punitieve, en dat deze alleen als ultimum remedium mag worden ingezet. Dit maakt de ruimte voor de behandeling van mensen in vreemdelingenbewaring en eventuele en inbreuken op hun rechten anders, kleiner dan bij bijvoorbeeld strafrechtelijke detentie (wat men daar ook van vindt).

De inrichtingsartsen die werkzaam zijn in de detentiecentra zullen, zo blijkt uit de MvT, een cruciale rol spelen bij het (gedwongen) testen.¹¹ Allereerst gaat de staatssecretaris er van uit dat iedereen die in vreemdelingenbewaring wordt gesteld een behandelrelatie heeft met de inrichtingsarts, waardoor het medisch dossier van de migrant in kwestie ingezien zou mogen worden. Hierbij noemt de staatssecretaris artikelen 7:454 en 7:457 van het BW. Uit deze artikelen blijkt echter duidelijk dat een patiënt toestemming moet verlenen aan een arts voordat deze medische gegevens mag delen. Nog los van dat niet iedereen in vreemdelingenbewaring een inrichtingsarts ontmoet, laat staan een vertrouwensband opbouwt met deze arts, komt de privacy van de migrant dus ook in het geding op het moment dat deze niet expliciet toestemming geeft aan de inrichtingsarts om medische gegevens, inclusief de uitslag van een eventuele PCR-test, te delen met derden, zoals Dienst Justis of de staatssecretaris en/of de IND en hun ambtenaren. De staatssecretaris stelt in de MvT dat er bij

⁸ <https://www.kcbr.nl/beleid-en-regelgeving-ontwikkelen/aanwijzingen-voor-de-regelgeving>

⁹ <https://www.kcbr.nl/beleid-en-regelgeving-ontwikkelen/beleidskompas>

¹⁰ https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/obligations/when-data-protection-impact-assessment-dpia-required_en

¹¹ MvT, p. 9.

ministeriële regeling nadere regels zullen worden gesteld over de medische gegevens. Deze ministeriële regeling is nu nog niet bekend, maar wordt wel vereist als eventuele wettelijke grondslag om een dergelijke inbreuk op de privacy mogelijk te maken. Deze moet ten slotte in ieder geval bij wet zijn voorzien, onder andere op grond van artikel 10 van de Grondwet en de Algemene verordening gegevensbescherming (hierna: AVG).

In de MvT wordt de AVG één keer genoemd, in voetnoot 18. Op grond van artikel 9, tweede lid onder i staat een uitzonderingssituatie voor het verbod op het delen van medische gegevens uit artikel 9, eerste lid van de AVG. Dit is bijvoorbeeld als het delen hiervan noodzakelijk is en mag alleen in geval van:

‘redenen van algemeen belang op het gebied van de volksgezondheid, zoals bescherming tegen ernstige grensoverschrijdende gevaren voor de gezondheid of het waarborgen van hoge normen inzake kwaliteit en veiligheid van de gezondheidszorg en van geneesmiddelen of medische hulpmiddelen, op grond van Unierecht of lidstatelijk recht waarin passende en specifieke maatregelen zijn opgenomen ter bescherming van de rechten en vrijheden van de betrokkene, met name van het beroepsgeheim.’

Uit de tekst van dit artikel volgt dat een dergelijke inbreuk op de privacy van migranten, namelijk het opslaan en delen van medische gegevens, alleen geoorloofd is als er passende en specifieke maatregelen zijn opgenomen om de rechten en vrijheden te beschermen. Er wordt in de MvT gesteld dat de inrichtingsarts het beroepsgeheim kan doorbreken als daarvoor een wettelijke grondslag is, die er met de instelling van de Wet testen bij vertrek zou zijn volgens de staatssecretaris. De vereiste passende en specifieke maatregelen die op grond van de AVG genomen moeten worden bij het opslaan van de persoonsgegevens volgen echter niet uit deze MvT, en evenmin uit het genoemde artikel 63b. In de MvT wordt, zoals genoemd, beschreven dat er een ministeriële regeling volgt om dit te waarborgen.¹² Voor inwerkingtreding van deze wet zal deze regeling er eerst moeten zijn, en goed getoetst moeten zijn aan de AVG, voordat de Wet testen bij vertrek in lijn is met de AVG. Hierin moet zijn opgenomen welke organisaties betrokken zullen zijn bij de opslag en het delen van deze medische gegevens, en wie er toegang toe heeft. Tot op heden is de wet dat niet en is het recht op privacy in die zin dus onvoldoende gewaarborgd.

Artikelen 3 en 8 van het EVRM

In de MvT wordt in paragraaf 2.6 in minder dan een pagina gesproken over grondrechten, waarbij artikelen 11 van de Grondwet (Gw) en artikelen 3 en 8 van het EVRM kort aan bod komen. Zonder duidelijke toelichting of verwijzingen, wordt snel geconcludeerd dat met deze wetwijziging wordt voldaan aan de vereisten bij een mogelijke inbreuk op deze rechten. Namelijk dat deze inbreuk, hier het (gedwongen) testen, bij wet is voorzien en dat dit met het oog op het doel, namelijk de uitzetting van migranten, proportioneel én noodzakelijk zou zijn. Het handhaven van de uitvoerbaarheid van het terugkeerbeleid wordt hierin als belang genomen, dat tegenover het belang dat migranten hebben bij waarborging van hun fundamentele rechten wordt gesteld. Gezien de verregaande inbreuk van een onderzoek in het lichaam, wat een PCR-test inhoudt, is een uitgebreide motivatie vereist, op grond van artikelen 3 en 8 EVRM. Dit heeft de staatssecretaris nagelaten.

¹² MvT, p. 11, 22.

Artikel 3 EVRM

Voor het beschouwen van het kader van artikel 3 EVRM bij onderhavig wetsvoorstel, waarbij (gedwongen) testen van migranten aan de orde is, is het allereerst van belang dat dit kader strikt is, omdat vreemdelingenbewaring een bestuursrechtelijke maatregel is en geen strafrechtelijke. Daarnaast is artikel 3 EVRM een absoluut recht, wat het martelverbod en het verbod op onmenselijke behandeling bevat. Hiermee ontstaat een plicht voor lidstaten om strenger te toetsen, alvorens een dergelijke wet in te stellen. Dit is met name het geval wanneer het asielzoekers betreft, zoals in onderhavig wetsvoorstel. Het EHRM heeft meerdere keren bepaald dat asielzoekers kwetsbaar zijn, waardoor met een eventuele inbreuk op artikel 3 EVRM extra voorzichtig moet worden omgesprongen en een inbreuk hierop eerder wordt aangenomen.¹³ Dit geldt ook voor de omstandigheden in detentiefaciliteiten in het algemeen, ook voor die in vreemdelingenbewaring, maar blijft onbesproken in de MvT.

In dit verband is relevant dat de uitvoering van vreemdelingenbewaring onder de Penitentiaire beginselenwet (Pbw) valt. Hiermee is de directeur van het detentiecentrum bevoegd om te besluiten over gedetineerden. De directeur mag op grond van artikel 31 van de Pbw alleen bepalen tot onderzoek in het lichaam is, '(...) indien dit noodzakelijk is ter afwending van ernstig gevaar voor de handhaving van de orde of de veiligheid in de inrichting dan wel voor de gezondheid van de gedetineerde.' Hoewel de Wet testen bij vertrek een andere grondslag creëert voor inrichtingsartsen om dit onderzoek uit te voeren, is het de vraag hoe zich dit verhoudt tot de Pbw. Bovendien geldt voor onderzoek in het lichaam een nauwere toets op gebied van artikel 3 EVRM, wat volledig onbesproken blijft in de MvT. In een eventuele, volgende versie van het wetsvoorstel moet dit dan ook worden meegenomen.

Artikel 8 EVRM

Artikel 8 EVRM beschermt het gezins- en privéleven, als ook het recht op persoonlijke ontwikkeling en autonomie. Dit is een belangrijk aspect bij de interpretatie van artikel 8 EVRM, zo heeft het EHRM bepaald.¹⁴ In het geval van kwetsbare personen, zoals asielzoekers (ongeacht of hun aanvraag is afgewezen), moet extra rekening worden gehouden met 8 EVRM, volgt uit het EHRM arrest *Affaire Lacatus t. Suisse*.¹⁵ Geenszins geeft de MvT blijk van het feit dat er in het terugkeerbeleid ook asielzoekers worden geraakt door de Wet testen bij vertrek. Terwijl dit wel maakt dat een uitgebreide motivatie nodig voor een inbreuk op artikel 8 EVRM, zoals aan de orde is bij de Wet testen bij vertrek.

Ook onder artikel 8 EVRM, net als bij boek 7 van het BW, is voor het afnemen van medische testen expliciete instemming nodig, en moet dit voorzien zijn bij wet.¹⁶ Zoals ook blijkt uit het arrest *Jalloh t. Duitsland* wordt bij het afnemen van een medische test waarbij bloed en/of speeksel wordt afgenomen altijd uitgegaan van een dwingend karakter, waarmee dit automatisch een inbreuk op het recht op privacy vormt.¹⁷ In het geval van een strafrechtelijke veroordeling mogen dergelijke testen eerder

¹³ EHRM 21 januari 2011, *M.S.S. t. België en Griekenland*, par. 231.

¹⁴ EHRM, Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, 31 augustus 2022, https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf, p. 25.

¹⁵ EHRM 19 januari 2021, *Affaire Lacatus t. Suisse*.

¹⁶ EHRM 23 maart 2010, *M.A.K. and R.K. t. het Verenigd Koninkrijk*, EHRM, 8 maart 2022, *Reyes Jimenez t. Spanje*.

¹⁷ EHRM 11 juli 2006, *Jalloh t. Duitsland*, par. 70.

worden afgenomen. Hier, bij de bestuursrechtelijke maatregel die vreemdelingenbewaring is, mag dit minder snel. Enige blijk van de noodzaak van het bespreken hiervan ontbreekt in de MvT.

Naast artikel 10 Gw en de AVG beschermt artikel 8 EVRM ook het recht op privéleven en de bescherming van persoonsgegevens als zodanig. Dit recht omvat ook het recht op zelfbeschikking, waarbij hoort dat personen op hun recht op privacy moeten kunnen vertrouwen, ook bij de verzameling en het delen van hun gegevens. Op het moment dat persoonlijke gegevens verzameld, verwerkt of gedeeld worden, kan het privéleven in het gedrang komen. Daarom moet een inperking hiervan duidelijk voorzien zijn bij wet.¹⁸ Het afnemen van cellen, gezien de aard en mate van persoonlijke informatie die cellen bevatten, is automatisch een inbreuk op artikel 8 EVRM.¹⁹ Aangezien er bij medische testen zoals een PCR-test cellen worden onttrokken aan het lichaam, moet dit worden gezien als het afnemen van DNA-materiaal, aangezien DNA-profielen hieraan onttrokken kunnen worden. Het is nu niet duidelijk wie of welke organisatie het testmateriaal zal bewaren en wat er vervolgens precies mee gebeurt. Het regelen van een veilige opslag van deze data is een absolute voorwaarde onder artikel 8 EVRM. Ook als deze data gecodeerd is, of slechts in te zien of te begrijpen is voor een beperkt aantal personen, doet niet af aan de inmenging in het privéleven.²⁰ Het instellen van de Wet testen bij vertrek vormt dus, zonder nadere uitleg in de MvT en zonder nadere regelgeving hierover, een niet te legitimeren inbreuk op artikel 8 EVRM.

Uit artikel 8 EVRM zelf blijkt ook dat een inperking hiervan ook alleen mogelijk als dit in het belang is van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land. Of als het nodig is om wanordelijkheden en strafbare feiten te voorkomen, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden van anderen of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Bij het huidige wetsvoorstel is niet duidelijk wat het belang is dat wordt gediend, in het kader van het EVRM. Het terugkeerbeleid wordt als belang besproken, maar er wordt bij een inperking van artikel 8 EVRM zoals hier vereist dat sprake is van een van de gronden als beschreven in het artikel zelf.

IVRK

In de MvT wordt de rechtspositie van minderjarigen nauwelijks besproken. Althans, er wordt gesteld dat het niet wenselijk is om minderjarigen te onderwerpen aan (gedwongen) testen, maar dat in geval van zwaarwegende belangen de (gedwongen) testafname toch zal worden uitgevoerd. In dat geval moet sprake zijn van redenen van nationale veiligheid of belangen van openbare orde. Wanneer hiervan sprake zou zijn, met het oog op het belang van de uitvoerbaarheid van het terugkeerbeleid zoals de MvT als doel stelt van deze wet, is nu dus onduidelijk in welke gevallen de testen wel (gedwongen) bij minderjarigen kunnen worden afgenomen. Minderjarigen worden extra beschermd onder nationale wetgeving, het EVRM en onder het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind (hierna: IVRK). Aangezien Nederland het IVRK heeft geratificeerd is dit rechtstreeks werkend en verbindend, en is de staatssecretaris onder artikel 3 IVRK gehouden om de veiligheid en gezondheid van minderjarigen te waarborgen. De MvT geeft geenszins blijk van bewustzijn van de aanvullende waarborgen die nodig zijn in het kader van (gedwongen) medische testen bij kinderen.

¹⁸ EHRM 27 juni 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy t. Finland*, par. 136–138.

¹⁹ EHRM 16 februari 2000, *Amann t. Zwitserland*, par. 69.

²⁰ EHRM 4 december 2008, *S. en Marper t. het Verenigd Koninkrijk*, par. 74-75.

Rechtsbescherming

De rechtsbescherming van mensen die een (gedwongen) test moeten ondergaan, wordt kort besproken in paragraaf 2.4 van de MvT. Hier wordt beschreven dat, om te voorkomen dat de migrant in kwestie toegang zou hebben tot de burgerlijke rechter, een bestuursrechtelijke route openstaat op grond van feitelijk handelen, artikel 72, derde lid Vw. Hoewel hiermee rechtsbescherming wordt geboden, zal de rechter dan ook kijken naar de MvT van onderhavige wet. Mede daarom is het van belang dat hierin een degelijke afweging wordt gemaakt op gebied van de inmenging in grondrechten. Hierbij is ook relevant dat er een klachtenprocedure openstaat bij een klachtencommissie en beroep tegen de uitspraak hiertegen, op grond van de Pbw. Hiermee is de rechtsbescherming van mensen die (gedwongen) worden getest breder dan de MvT voorziet, al is de vraag of dit voldoende is met het oog op bovenstaande.

Conclusie

Op basis van voorgaande kan niet anders dan worden geconcludeerd dat er geen degelijke inschatting en toetsing aan privacywetgeving, het EVRM en het IVRK heeft plaatsgevonden bij de totstandkoming van de Wet testen bij vertrek. Dit is wel vereist bij nieuwe wet- en regelgeving en daarom is een aanpassing van het huidige wetsvoorstel dan ook nodig. Een beperking van mensenrechten, die aan de orde is bij (gedwongen) medische testen, kan alleen gelegitimeerd worden als deze bij wet is voorzien en als deze dringend noodzakelijk is voor een specifiek, legitiem doel en als het middel proportioneel en geschikt is om dit doel te bereiken. Dat betekent in het geval van een wet over (gedwongen) testen dat er per eventuele epidemiologische situatie moet worden gekeken of dit mag worden ingezet. Dit volgt nu niet eenduidig uit de MvT. Of hiervan sprake is, moet per geval worden beoordeeld. Uit de MvT blijkt geenszins dat een volledige toets in de kaders van de AVG, de artikelen 3 en 8 EVRM en het IVRK is uitgevoerd door de staatssecretaris.

Hiernaast moeten de relatieve effectiviteit van andere, mogelijke maatregelen op een bepaald moment worden bepaald. Het is namelijk niet te zeggen of een eventuele, volgende pandemie vergelijkbaar zal zijn met de COVID-19 pandemie, en of iets als een PCR-test dan überhaupt soelaas zou bieden. Hiermee moet voorzichtig worden omgesprongen, want de Wet testen bij vertrek creëert zoals deze nu is, ook mogelijkheden voor meer invasieve medische testen. Dit is een onwenselijke en gevaarlijke dynamiek. Een heroverweging van, en aanvulling op het huidige wetsvoorstel voor (gedwongen) testen bij terugkeer is dus noodzakelijk.