

Betreft: Reactie van de functionaris gegevensbescherming van de Erasmus Universiteit Rotterdam in het kader van de publieksconsultatie Tijdelijke wet testbewijzen covid-19 opengesteld van 8 maart 2021 tot en met 15 maart 2021.

Datum: 14 maart 2021

Van: Marlon Domingus

Graag onderschrijf ik de noodzaak van het onderzoeken en mogelijk maken van effecten die de maatregelen tegen de verspreiding van het coronavirus te versoepelen.

Met waardering heb ik kennis genomen van de wijze waarop in het afwegings- en toetsingskader van de voorgestelde wijziging van de Wet publieke gezondheid (Wpg) het standpunt van de Gezondheidsraad wordt gevolgd (pg 2, Memorie van Toelichting), die namelijk in haar "Testbewijzen voor SARS-CoV-2: ethische en juridische voorwaarden" van 14 januari 2021, nr. 2021/02, onder andere waarschuwde voor de ongewenste 'indirecte testplicht'. De Gezondheidsraad stelt (pg 16) in bovengenoemd advies:

“De huidige Wpg bevat geen voldoende specifieke grondslag voor het eisen van een testbewijs als voorwaarde voor toegang tot voorzieningen, zoals onderwijs, zorg, horeca en (sport)evenementen. Wanneer een testbewijs als absolute voorwaarde wordt gesteld voor de toegang tot voorzieningen dan leidt dit feitelijk tot een (indirecte) plicht tot testen.”

en concludeert (pg 26 ev):

“Als de overheid besluit testbewijzen in te zetten voor toegang tot bepaalde voorzieningen dan is daarvoor een specifieke (formeel) wettelijke grondslag vereist als de toegang tot de voorziening in het geheel niet mogelijk is zonder negatieve testuitslag. Dat wil zeggen dat er geen redelijk alternatief is, zoals toegang met extra beschermingsmaatregelen voor mensen zonder klachten die zich niet kunnen of willen laten testen. In dergelijke gevallen leidt de voorwaarde van het kunnen tonen van een testbewijs immers tot een (indirecte) testplicht.”

In het ter consultatie aangeboden wetsvoorstel herken ik de uitwerking van de juridische en ethische verantwoording, zoals bedoeld door de Gezondheidsraad, van de inzet van testbewijzen en de geïmpliceerde indirecte testplicht, in het onderscheid dat wordt gemaakt tussen de niet-essentiële sectoren en de essentiële sectoren, en kan zich daar in vinden. De reden hiervoor is dat door dit onderscheid in sectoren, in het wetsvoorstel, voor de niet-essentiële sectoren participatie in hoge mate een vrije keuze blijft - hiermee de uitgangspunten van het advies van de Gezondheidsraad respecterend. De Gezondheidsraad stelt namelijk dat toegang tot activiteiten en voorzieningen in de ene sector van groter maatschappelijk belang is dan voor een andere sector. Toegang op basis van een testbewijs past alleen bij activiteiten en voorzieningen in niet-essentiële sectoren zoals sport- en jeugdactiviteiten en culturele instellingen, daar die participatie in hoge mate is gebaseerd op een vrije keuze. Wanneer die vrije keuze er niet is, namelijk bij voorzieningen en activiteiten van groter maatschappelijk belang, past beleid om eenieder gelijke toegang te verschaffen. Hiervoor kunnen de basismaatregelen en andere maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 effectief worden aangewend. Bij toegang tot deze activiteiten en voorzieningen, past het niet dat daar voor individuen een indirecte testplicht geldt.

Echter, ik kan me niet vinden in de uitzondering die in het wetsvoorstel wordt gemaakt voor onderwijs (pg 4, Memorie van Toelichting):

“Op het uitgangspunt dat het testbewijs uitsluitend kan worden ingezet voor niet-essentiële sectoren wordt een uitzondering gemaakt voor mbo en ho.”

Ik adviseer om deze uitzondering voor mbo en ho *niet* te maken, omdat deze uitzondering onvoldoende is onderbouwd. De kerngedachte van een vrije keuze is een groot goed, waar aan voorbij wordt gegaan bij de uitzondering. Bovendien is deze voorgestelde uitzondering om de volgende redenen juridisch niet verantwoord en ethisch niet aanvaardbaar.

I. Een niet bestaand recht op fysiek onderwijs

Het eerste argument dat in de Memorie van Toelichting wordt genoemd (pg 3) voor de verplichting van een testbewijs, is het **kunnen afwijken van de ‘norm voor veilige afstand voor de studenten die negatief getest zijn’**. Ter onderbouwing wordt aangevoerd dat door de afname van fysiek onderwijs ‘veel studenten niet ten volle gebruik kunnen maken van hun **recht op onderwijs** leidt tot onwenselijke gevolgen’.

Echter, het recht op onderwijs is een niet bestaand grondrecht¹. Hiervan was weliswaar sprake in het Tweede Rapport van de Staatscommissie Cals-Donner, maar bij grondwetsherziening van 1983 met betrekking tot nieuwe grondrechtsartikelen inzake het onderwijs, is het recht op onderwijs, zoals bekend, er niet gekomen. De Grondwet borgt momenteel alleen de onderwijsvrijheid als recht (Artikel 23 lid 2):

“Het geven van onderwijs is vrij, behoudens het toezicht van de overheid en, voor wat bij de wet aangewezen vormen van onderwijs betreft, het onderzoek naar de bekwaamheid en de zedelijkheid van hen die onderwijs geven, een en ander bij de wet te regelen.”

Voorts wordt in de voorgestelde wetgeving een *recht op fysiek onderwijs* geïmpliceerd, hetgeen nog een stap verder gaat dan het niet bestaande *recht op onderwijs*. Hiermee zou de wetgever een norm neerleggen voor onderwijs, namelijk dat onderwijs anders dan fysiek onderwijs in feite een “niet ten volle gebruik” is van het recht op onderwijs. Zowel het *recht op onderwijs* als het *normatieve recht op fysiek onderwijs* mist een juridische basis.

Op basis van de inschrijving als student bij een HO instelling worden in de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (<https://wetten.overheid.nl/BWBR0005682/2021-01-01>) nadere rechten gedefinieerd. Echter ook hier is geen recht op *fysiek onderwijs* gedefinieerd.

Artikel 7.34. (Rechten inschrijving als student) bepaalt in lid 1. a. het ‘*recht om aan het initieel onderwijs van de instelling deel te nemen*’. In hetzelfde artikel wordt in lid 1 c bepaald dat de student ‘het *recht van toegang* heeft tot de bij de instelling behorende inrichtingen en verzamelingen’, en in lid 4. het ‘*recht op toegang tot alle relevante onderwijsvoorzieningen van die instelling*’.

Het argument van ‘fysiek onderwijs’ wordt gekoppeld aan het mentale welzijn van studenten (pg 11, Memorie van Toelichting): “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.”

Aan het mentale welzijn van studenten kan echter op veel verschillende manieren worden bijgedragen. De regeling ten aanzien van de niet-essentiële sectoren zal hier reeds een positief effect op kunnen hebben.

Het is tenslotte de vraag hoe wenselijk het is dat de wetgever in een tijdelijke wet een normuitspraak doet over het onderwijs in mbo en ho zelf, waar naast fysiek onderwijs, ook lang voor COVID-19 en maatregelen om de uitbraak hiervan te beperken, met succes verschillende vormen van afstandsonderwijs en blended learning plaatsvinden. Zo’n normuitspraak staat op zijn minst op gespannen voet met de in de Grondwet bepaalde onderwijsvrijheid, waarbij voor de overheid een beperkte rol is voorzien, namelijk in de toetsing van de deugdelijkheid van het onderwijs.

Conclusie: het appèl op het recht op fysiek onderwijs heeft geen juridische basis en valt als onderbouwing voor een ‘uitzondering voor mbo en ho’ voor wat betreft de verplichting van een testbewijs dus af.

¹ Het Europees Verdrag Rechten van de Mens beschrijft wel een recht op onderwijs. Dit recht heeft echter betrekking op het lager en basisonderwijs. Ambachtsonderwijs en beroepsopleiding zullen algemeen beschikbaar worden gesteld. Hoger onderwijs zal opstaan voor een ieder, die daartoe de begaafdheid bezit.

2. Het is prematuur om in maart 2021 voor te sorteren op uitkomsten van pilots die pas in mei 2021 beschikbaar komen met een verstrekkend en ingrijpend middel als deze wet. Bovendien leveren zij mogelijk geen eenduidig bewijs leveren voor de noodzakelijkheid, effectiviteit en proportionaliteit van de verplichting van een testbewijs.

In de Memorie van Toelichting (pg 5) wordt verwezen naar ‘de diverse pilots die in het onderwijs zijn georganiseerd, waarbij testen worden aangeboden aan studenten’:

“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. (...) 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.”

Feit is dat de pilots plaatsvinden en dat over de uitkomsten van die pilots nog niet veel valt te voorspellen. De essentie van deze onderzoeken is dat de uitkomsten van deze onderzoeken nog niet bekend zijn. Het is zeer denkbaar dat de uitkomsten van de onderzoeken *niet* eenduidig bewijs leveren voor de noodzakelijkheid, effectiviteit en proportionaliteit van de verplichting van een testbewijs.

In feite sorteert de voorgestelde tijdelijke wetgeving, waarvan de publieksconsultatie sluit op 15 maart 2021, dus voor op positieve uitkomsten van deze pilots, die verwacht worden in mei 2021, zonder dat dit op voorhand te verwachten valt. De haast die hieruit spreekt is ook te lezen in de constatering (pg 2) in de Memorie van Toelichting:

“Op welk moment en exact voor welke van deze activiteiten en voorzieningen testbewijzen zullen worden ingezet, is ten tijde van de indiening van het wetsvoorstel nog niet te bepalen.”

De vraag is tevens of de uitkomsten van de pilots überhaupt inzicht geven in de noodzakelijkheid, effectiviteit en proportionaliteit van de verplichting van een testbewijs, en hoe dit door wie op basis van welke criteria wordt vaststelt. De Memorie van Toelichting biedt hierover geen transparantie.

Conclusie: de inzet van de pilots als onderbouwing voor een ‘uitzondering voor mbo en ho’ voor wat betreft de verplichting van een testbewijs niet beargumenteerd, en op basis van de verstrekte informatie, mijns inziens, voorafgaand aan mei 2021 ook moeilijk te beargumenteren.

Zoals in de Memorie van Toelichting terecht wordt opgemerkt (pg 2):

“Het verplichten van een testbewijs raakt grondrechten, waaronder het recht op lichamelijke integriteit en het recht op privacy.”

Voorts wordt in de Memorie van Toelichting gesteld:

“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 basis van verschillende observaties in de sector, valt redelijkerwijs te verwachten dat onderwijsinstellingen in het MBO en HO alternatieven vinden om initieel onderwijs te borgen en daarbij meer fysiek onderwijs te geven dan direct na de afkondiging van de maatregelen van het kabinet om de verspreiding van het COVID-19 virus terug te dringen, door inzet van minder privacy invasieve alternatieven, bijvoorbeeld door elders onderwijsruimte te huren, en bijvoorbeeld in plaats van online toetsing meer op inzicht dan op reproductie gebaseerde toetsen af te nemen, bijvoorbeeld in de vorm van meer papers, waar praktisch gezien redelijkerwijs haalbaar.

Zie met betrekking tot deze bereidheid, en de erkenning van het belang van fysiek onderwijs, ook de oproep² van de Vereniging van Universiteiten VSNU. Voorzitter Pieter Duisenberg:

“In het belang van het welzijn van zowel studenten en docenten én de kwaliteit van onderwijs is ontmoeting essentieel. We zouden in maart weer terug willen naar de situatie waarin fysiek onderwijs op 1,5 meter mogelijk is.”

Om die reden pleit ik er voor om de nu voorgestelde uitzondering voor MBO en HO *niet* te maken, maar wel het onderscheid aan te houden tussen niet-essentiële sectoren en essentiële sectoren, met betrekking tot de eventuele inzet van een verplichting van een testbewijs.

Het onderscheid namelijk van studenten die een testbewijs overleggen en de ‘testweigeraars’ resulteert, naar men redelijkerwijs mag verwachten, in een verplichting voor de onderwijsinstelling voor het aanbieden van zowel fysiek als online onderwijs. De uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van deze consequentie voor de instellingen wordt in het wetsvoorstel niet geadresseerd. Een testbewijs voor MBO en HO resulteert in schending van vrije keuze van studenten en in een nog niet voorzienbare impact op de onderwijsinstellingen die een deel van de activiteiten en voorzieningen werkelijk dubbel (fysiek en online en mogelijk ook gecombineerd (hybride) moet aanbieden.

3. De eisen van *proportionaliteit* en *subsidiariteit* worden slechts in algemene zin beoordeeld in de plaats van specifiek gericht op de uitzondering ten aanzien van het onderwijs.

Bij een voorgestelde wet waarin grondrechten botsen, is het passend te kijken naar eisen van subsidiariteit en proportionaliteit van de voorgestelde maatregelen.

Uit het feit dat er verschillende pilots lopen waarvan de resultaten nog niet bekend zijn blijkt dat er alternatieven zijn, of in ontwikkeling zijn, die minder ingrijpend zijn dan deze voorgestelde wet. Allereerst zullen de resultaten van deze alternatieven bekend moeten zijn, alvorens de noodzaak van deze wet kan worden onderbouwd. Verder zijn de vaccinaties in volle gang, hetgeen op termijn versoepelingen mogelijk maakt, zoals beoogd met deze wetgeving. En als de overheid zich dusdanig zorgen maakt over dit deel van de bevolkingsgroep is de vraag of het niet beter is om het vaccinatiebeleid ten gunste van deze groep te wijzigen, en deze groep, wederom op basis van werkelijke vrije keuze, in de gelegenheid te stellen zich te vaccineren.

Verder stelt de Memorie van Toelichting (pg 13) ten aanzien van de proportionaliteit het volgende:

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 de essentiële sectoren mbo en ho spannen onderwijsinstellingen zich in om de toegankelijkheid van het onderwijs te waarborgen voor studenten zonder testbewijs.

Feitelijk wordt hier in de toelichting bevestigd dat niet is voldaan aan de eisen van proportionaliteit ten aanzien van het onderwijs. Proportionaliteit geldt namelijk enkel indien extra maatregelen worden getroffen.

Deze extra maatregelen zouden onder andere moeten borgen dat er geen onderscheid wordt gemaakt tussen studenten met of zonder testbewijs, voor toegang tot activiteiten en voorzieningen in het onderwijs van MBO en HO. Praktisch gezien betekent een bijna onuitvoerbaar taak voor de onderwijsinstellingen, waarbij allerlei risico's op de loer liggen, zoals discriminatie van onderwijsdeelnemers (geen gelijke toegang voor onderwijs voor de studenten), toepassing van de voorgestelde wet stimuleert bij de onderwijsinstellingen het onrechtmatig registreren van houders van een testbewijs en/of 'weigeraars', met mogelijke datalekken tot gevolg, terwijl bijvoorbeeld de toepassing van de "Routekaart coronamaatregelen" voor het Voortgezet Onderwijs belangrijke inzichten kan geven voor vergelijkbare versoepelingen voor het MBO en HO, zonder een wetswijziging die op gespannen voet staat met fundamentele rechten, zoals vastgelegd in de Grondwet.

² Zie: https://vsnu.nl/nl_NL/nieuwsbericht/nieuwsbericht/718-universiteiten-oproep-tot-snel-meer-perspectief-voor-studenten-en-docenten.html