

Herstel-NL, 15 maart 2021,

Reactie Herstel-NL op wetsvoorstel “Tijdelijke wet testbewijzen covid-19” (*‘Voorstel tot Wijziging van de Wet Publieke Gezondheid in verband met het stellen van tijdelijke regels over de inzet van een negatieve testuitslag voor het virus SARS-CoV-2’*)

Herstel-NL heeft kennisgenomen van bovengenoemd wetsvoorstel. Herstel NL hecht er aan haar waardering uit te spreken voor de inspanning van de opstellers van het voorstel om in deze lastige materie manieren te vinden om de samenleving te heropenen. Onder dankzegging voor het bieden van de mogelijkheid daartoe, geeft zij hieronder haar reactie op het wetsvoorstel.

Het Wetsvoorstel

Krachtens de Test-Wet kan de Staat het elke Nederlander verbieden om deel te nemen aan de samenleving, zoals die gevormd wordt door cultuur, evenementen, georganiseerde jeugdactiviteiten, horeca, sport en onderwijs. De enige manier om onder dit verbod uit te komen, is indien de burger zich vooraf laat testen, die test negatief is, en bewijs van die negatieve test laat zien. Overtreding van het verbod is strafbaar. De testdata worden 5 jaar bewaard.

Doel en middel

1. Tekst en toelichting van het wetsvoorstel zijn kort over het doel van de voorgestelde maatregelen. Dat doel is de verspreiding van het virus zoveel mogelijk te belemmeren. Uit eerdere beleidsuitspraken blijkt dat het streven de verspreiding van het virus te gen te gaan geen einddoel is, maar zelf weer een middel is om overbelasting van de zorg te voorkomen. Herstel-NL acht het cruciaal dat het doel duidelijk wordt geformuleerd, omdat anders doel en middelen niet tegen elkaar kunnen worden afgewogen. Zo zouden veel vrijheden behouden kunnen blijven en maatschappelijke en economische schade kunnen worden voorkomen met extra investeringen in zorgcapaciteit en preventie.

Samenleving-verbod

2. Het wetsvoorstel erkent dat het verbieden van deelname aan maatschappelijke activiteiten zonder voorafgaande gezondheidstest, een indirecte testplicht inhoudt en daarmee een inperking van vrijheden. Om die inperking te rechtvaardigen en om te voldoen aan het vereiste van proportionaliteit, bepaalt het wetsvoorstel dat het verbod alleen geldt voor “niet-essentiële” sectoren. Het voorstel deelt de samenleving op in essentiële sectoren (waarvoor geen testplicht) en niet-essentiële sectoren (wel testplicht).
3. Volgens het wetsvoorstel zijn cultuur, evenementen, georganiseerde jeugdactiviteiten, horeca en sport “niet-essentiële sectoren”. Het wetsvoorstel motiveert dit als volgt. De aangewezen sectoren zijn sectoren die “naar maatschappelijke opvattingen voor de

deelnemers onderscheidenlijk gebruikers niet van primair belang en niet voor eenieder toegankelijk behoren te zijn”.

4. Deze motivering roept de vraag op, op welke “maatschappelijke opvattingen” het wetsvoorstel zich baseert? Herstel-NL is niet bekend met enige maatschappelijke consensus over de vraag wat wel en niet essentieel is in de samenleving. Door slechts te refereren aan “maatschappelijke opvattingen” is de onderbouwing (en daarmee de proportionaliteit) van het wetsvoorstel willekeurig.
5. Volgens de Memorie van Toelichting gaat het om activiteiten waar het niet meedoen of geen toegang verkrijgen geen “*verstrekking consequenties heeft*” en “*geen gevolgen voor iemands rechtspositie*” en waarbij “*desgewenst gebruik kan worden gemaakt van alternatieve faciliteiten*”. Echter, het probleem bij alle aangewezen sectoren is nu juist dat er geen alternatieven zijn voor deelname en toegang. Wat is het alternatief voor het bijwonen van en meedoen aan cultuur, evenementen, georganiseerde jeugdactiviteiten, horeca en sport?
6. Vast staat wel dat de Staat zelf in ieder geval zowel cultuur als sport als essentiële onderdelen van de samenleving ziet; zelfs van dusdanig algemeen belang dat beide “sectoren” een eigen Ministerie hebben: het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen. Voor wat betreft sport dient op een rechtstreeks verband met Covid te worden gewezen. Uit de RIVM-cijfers blijkt dat overgewicht een belangrijke risicofactor is om in geval van coronabesmetting ernstige Covid te ontwikkelen. Eén van de belangrijkste dingen die mensen kunnen ondernemen om overgewicht te voorkomen of te verminderen is lichaamsbeweging, met name ook in sportverband.
7. Naar onze stellige overtuiging maken alle genoemde sectoren – cultuur, evenementen, jeugdactiviteiten, horeca en sport, wel degelijk een essentieel deel uit van onze samenleving en zijn zij cruciaal voor ons aller lichamelijk en geestelijk welzijn. Als deelname hieraan (en organisatie daarvan) zonder een negatief testbewijs wordt verboden, betekent dat in feite een verbod om deel uit te maken van de samenleving.
8. De tweede onderbouwing voor de beoordeling van cultuur, evenementen, jeugdactiviteiten, horeca en sport als niet-essentieel is eveneens onbegrijpelijk. Het wetsvoorstel stelt dat “*naar maatschappelijke opvattingen*” deze sectoren “*niet voor eenieder toegankelijk behoren te zijn*”. Het geeft geen enkele onderbouwing voor deze stelling. Waarom heeft niet eenieder recht op deelname aan of toegang tot deze sectoren?

Onderwijs is essentieel - waarom dan toch verboden zonder negatieve test?

9. Het wetsvoorstel onderkent dat het onderwijs een essentiële sector is. Daaruit zou logischerwijs volgen dat de testplicht niet geldt voor het onderwijs. Het wetsvoorstel introduceert echter toch de mogelijkheid van een testplicht, met als motivering dat er nu te weinig fysiek onderwijs gegeven wordt. Deze motivering is onbegrijpelijk, in het licht van de reële risico’s van de belangrijkste doelgroep (studenten) en van de mogelijkheden om risico’s voor alle betrokkenen (docenten, medewerkers) te ondervangen. In welke gevallen zou er, gegeven de vastgestelde risico’s en mogelijke maatregelen, reden kunnen zijn om studenten doorlopend (1 a 2 keer per week volgens de inschatting in de Memorie van Toelichting) te testen?

Privacy

10. Het testbewijs betreft per definitie medische gegevens en dus bijzondere persoonsgegevens, die in beginsel dienen te worden beschermd en niet gedeeld met derden. Het wetsvoorstel is onvoldoende duidelijk hoe de verschillende applicaties en de daarbij verwerkte persoonsgegevens worden beveiligd. Onduidelijk is ook, gezien het kortetermijn-doel van het testbewijs en de vluchtigheid en betrekkelijkheid van de testuitslag, waarom deze gegevens nog 5 jaar moeten worden bewaard?
11. Onduidelijk is voorts wat de beoogde applicaties nog aan andere gegevens opslaan. Welke waarborgen (technisch, organisatorisch, toezicht) zijn er om te voorkomen dat met deze of andere gegevens burgers kunnen worden gelokaliseerd? Door overheid, gebruiker of derden?
12. Nu de gegevens worden verzameld in bepaalde sectoren, bieden zij (nog) meer mogelijkheid tot profilering. Wie heeft waar, wanneer en met wie een concert bezocht, langs de lijn gestaan of college gelopen (of juist geen college gelopen)? Dat roept de vraag op welke waarborgen er zijn om profilering aan de hand van de applicatie en test (meta) data te voorkomen?

Testen

13. Ten aanzien van medische nut en noodzaak van de voorgestelde testplicht en het daarmee gepaard gaande massaal testen, verwijzen wij naar het [position paper](#) van Herstel-NL.
14. Ten aanzien van de te gebruiken test, onderkent het wetsvoorstel, in navolging van de Gezondheidsraad, dat de ideale test op (naderende) besmettelijkheid niet bestaat. Wel noemt het voorstel in ieder geval de PCR test. Herstel-NL verwijst te dien aanzien naar onder meer de publicatie in de [Lancet](#):

“However, for public health measures, another approach is needed. Testing to help slow the spread of SARS-CoV-2 asks not whether someone has RNA in their nose from earlier infection, but whether they are infectious today. It is a net loss to the health, social, and economic wellbeing of communities if post-infectious individuals test positive and isolate for 10 days. *In our view, current PCR testing is therefore not the appropriate gold standard for evaluating a SARS-CoV-2 public health test.*” (cursivering Herstel-NL)

En naar het standpunt van het Artsen Covid Collectief terzake:

De PCR-testen (corona testen) hebben echter al sinds juni geen voorspellende waarde meer in het bereiken van het uiteindelijke doel, namelijk het beschermen van de kwetsbaren en het doel om zorg te kunnen blijven bieden aan iedereen, aangezien de test niet toegepast kan worden bij mensen die nauwelijks of geen klachten hebben. Alleen in ziekenhuizen, waar de patiënt uitvoerig wordt onderzocht en behandeld door artsen, heeft deze test, mits opgenomen in een uitgebreid panel van andere diagnostische testen, toegevoegde waarde.

15. De vraag die dit oproept is dan hoe, met welke test, kan worden voldaan aan het eerste criterium dat het wetsvoorstel aanlegt voor de inzet van de testplicht, namelijk dat het testbewijs effectief is?

Test met rechtsgevolgen

16. De vraag naar de kwaliteit en effectiviteit van de te gebruiken test klemt te meer bij de voorgestelde testplicht, nu aan de testuitslag rechtsgevolgen zijn verbonden. Bij een positieve uitslag of het niet kunnen of willen tonen van een negatieve uitslag, gaat de burger nu immers bestraft worden met uitsluiting van deelname aan en toegang tot cruciale onderdelen van de samenleving. Deelname en toegang worden hem of haar dan letterlijk verboden en overtreding van dat verbod wordt strafbaar.

Inbreuk op grondrechten

17. Het wetsvoorstel onderkent dat het een inbreuk vormt op diverse grondrechten, welke inbreuken het voorstel allemaal rechtvaardigt met een beroep op de volksgezondheid. Herstel-NL kan in dit kader niet alle inbreuken in detail en per grondrecht bespreken, maar volstaat vooralsnog met een algemene constatering dat er ook andere mogelijkheden en maatregelen zijn om, zonder of met minder zware inbreuken op de grondrechten, het belang van zowel de volksgezondheid als dat van de maatschappij en de economie te beschermen en verwijst daarvoor korthedshalve naar haar [website](#).

Online geen alternatief voor fysiek

18. Volgens het wetsvoorstel wordt inzet van de testplicht per geval beoordeeld. Daarbij zal worden getoetst aan criteria uit het voorstel (overgenomen van de Gezondheidsraad).
19. Op voorhand, echter, staat vast dat aan tenminste één van de criteria bij het overwegen van de inzet in het onderwijs niet zal kunnen worden voldaan, namelijk de eis dat er een “alternatief” moet zijn. Online is geen alternatief voor fysieke deelname aan onderwijs en samenleving.

Testplicht is opmaat tot algemene testplicht voor gehele samenleving

20. Volgens de Memorie van Toelichting wordt de inzet van de testplicht “context bepaald” en is deze “dynamisch”. Kennelijk hier wel, daar niet, dan wel weer wel, dan weer niet, op geleide van de “epidemiologische situatie”. Dit zal leiden tot een wirwar aan situaties. En dat heeft twee consequenties.
21. Ten eerste, andere sectoren zullen geneigd zijn ook over te gaan tot het eisen van een negatief testbewijs als voorwaarde voor toegang en deelname. Al was het maar omdat de aangewezen “niet-essentiële sectoren” geen gescheiden hokjes zijn, maar voortdurend en dynamisch in elkaar over lopen (sport en onderwijs bijvoorbeeld).
22. Ten tweede, de ontstane wirwar zal de overheid al snel doen verleiden om de testplicht dan maar overal en voor alles verplicht te stellen.

Testplicht is opmaat tot vaccinatieplicht

23. Het wetsvoorstel onderkent dat, vanwege de beperkte houdbaarheid van de uitslagen de testplicht zal leiden tot herhaaldelijke testen; minimaal 1 tot 2 keer voor studenten, schat het wetsvoorstel. Voor veel burgers zal dit een tijdrovend en mogelijk dure verplichting worden (als de overheid niet meer betaalt), met bovendien bij iedere test een ongewisse uitkomst. Het wetsvoorstel biedt geen waarborgen om de hieruit voortvloeiende oneigenlijke druk en dwang om zich “dan maar te vaccineren” te voorkomen.

Testplicht is opmaat naar Testmaatschappij

24. De Testplicht betekent hoe dan ook medicalisering van burgers en maatschappij, nu deze test wordt opgelegd aan gezonde mensen, zonder klachten. Het wetsvoorstel stelt in dit verband dat sprake is van een geneeskundige behandeling. Nu de motivering van het wetsvoorstel is gelegen in de bescherming volksgezondheid, opent het dan ook de weg naar een hele batterij aan testplichten, die allemaal gezegd kunnen worden in het belang te zijn van de volksgezondheid; (het tonen van) een negatieve SOA-test vanwege risico geslachtsziekten en zorgoverlast; het tonen van een negatieve suiker-test vanwege risico en zorgoverlast door obesitas-epidemie, etc. Volgens doel en rechtvaardiging van het wetsvoorstel (bescherming volksgezondheid), is de lijst onbeperkt.

Open einde regeling

25. In de Memorie van Toelichting wordt gesteld dat de testplicht alleen zal worden gehanteerd, afhankelijk van de “epidemiologische situatie”. Het wetsvoorstel geeft niet aan wat het verstaat onder “de epidemiologische situatie”. Wel wordt verwezen naar de Routekaart als richtsnoer voor de inzet van de testplicht. Zowel de Routekaart zelf, echter, als de onderbouwing daarvan zijn aan voortdurende verandering onderhevig. Aldus is er, noch voor de uitdrukkelijk *Tijdelijke* wet zelf, noch voor de bij of krachtens de wet opgelegde maatregelen een objectief criterium om het einde van de wet dan wel de opgelegde maatregel te bepalen.

26. Het feit dat de Wet en de daarin vervatte geclausuleerde delegatiegrondslagen voor het opleggen van de testplicht telkens na hoogstens drie maanden vervallen, kan niet afdoen aan het open einde karakter. Immers, criterium voor continuering zal zijn de “epidemiologische situatie”, (met als richtsnoer de Routekaart) dat dus geen objectief criterium biedt.

Conclusie

27. Naar het oordeel van Herstel-NL belichaamt het ter consultatie voorgelegde voorstel een middel dat erger is dan de kwaal.

28. Herstel-NL beveelt aan het voorgenomen voorstel niet in te dienen.

Mede namens de Werkgroep Juridisch Herstel-NL:

Mr dr J. Bovenberg

Mr F. Costa Baiôa

Mr N. Huppés

Prof. dr. B.M.J. van der Meulen