

Ingediend via www.internetconsultatie.nl
Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Ministerie van Justitie en Veiligheid
Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport

Den Haag, 15 maart 2021
dossiernummer: 200940
uw kenmerk: n.v.t.
telefoonnummer: +31 (0)70 335 35 35
e-mail: secretariaat@advocatenorde.nl

Betreft: 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.

Geachte ministers,

Op 8 maart 2021 is bovengenoemde internetconsultatie gepubliceerd. De algemene raad van de Nederlandse orde van advocaten (hierna: "algemene raad") heeft zijn adviescommissie bestuursrecht en rechtsstatelijkheid gevraagd te adviseren, doch beide commissies gaven aan dat de reactietermijn te kort was om het voorstel inhoudelijk te beoordelen, temeer tegelijkertijd ook het wetsvoorstel wettelijke quarantaineplicht reizigers in consultatie is gegeven.

De adviescommissie bestuursrecht constateert dat in het voorstel en de toelichting niets wordt gezegd over de rechtsbescherming. Juist bij een dergelijk potentieel ingrijpend wetsvoorstel acht de algemene raad het noodzakelijk dat aandacht wordt besteed aan een adequate rechtsbescherming én de daaruit voortvloeiende consequenties voor rechtshulpverleners, de rechterlijke macht, en het beroep dat gedaan wordt op het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand.

De adviescommissie rechtsstatelijkheid verwijst kortheidshalve naar het advies van de Gezondheidsraad (zie bijlage) en onderschrijft dit advies, inclusief de (rand)voorwaarden die hierin zijn opgenomen.

De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissies en concludeert dat de korte adviestermijn een inhoudelijk advies onmogelijk maakt, hetgeen een aanzienlijk risico met zich meebrengt dat dit wetsvoorstel onvoldoende zorgvuldig kan worden voorbereid. De algemene raad verzoekt u deze opmerkingen bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,


algemeen secretaris

Bezoekadres
Prinses Beatrixlaan 5
2595 AK Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

www.advocatenorde.nl

Testbewijzen voor SARS-CoV-2: ethische en juridische voorwaarden

Aan: de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
Nr. 2021/02, Den Haag, 14 januari 2021



Gezondheidsraad



inhoud

Samenvatting	3	03 Ethische en juridische voorwaarden	13
01 Inleiding	5	3.1 Juridische aspecten	14
1.1 Aanleiding	6	3.2 Ethisch dilemma en argumenten	17
1.2 Adviesvraag	6	3.3 Factoren die van belang zijn voor de afweging	18
1.3 Terminologie	7	3.4 Voorwaarden	19
1.4 Afbakening	7	3.5 Specifieke settings	21
1.5 Werkwijze	8	04 Advies	25
1.6 Leeswijzer	8	Literatuur	28
02 Testen en teststrategieën	9		
2.1 Effectiviteit	10		
2.2 Testuitslag moet overeenkomen met besmettingsrisico	10		
2.3 Testuitslag moet voldoende betrouwbaar zijn	10		
2.4 Beschikbare testmethoden	11		
2.5 Effectiviteit afhankelijk van teststrategie	12		



samenvatting

Het kabinet onderzoekt in hoeverre een bewijs van een recente negatieve uitslag van een coronatest (hierna: 'testbewijs') gebruikt kan worden om de toegang te reguleren tot verschillende voorzieningen, zoals scholen en (sport)evenementen. De Commissie Ethiek en recht van de Gezondheidsraad heeft op verzoek van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) de ethische en juridische context geschetst en een kader opgesteld met voorwaarden voor een mogelijke, verantwoorde inzet van dergelijke testbewijzen.

Bij de inzet van testbewijzen moeten mensen aantonen dat zij recent negatief zijn getest op het coronavirus om toegang te krijgen tot bepaalde voorzieningen. Zo'n testbewijs kan mogelijk bijdragen aan het terugdringen van de virusverspreiding en het (eerder of gemakkelijker) openstellen van bepaalde voorzieningen. Naast deze potentiële voordelen zijn er ook

potentiële nadelen. Mensen zullen voor het kunnen tonen van een testbewijs een medische handeling (test) moeten ondergaan. Daarnaast kunnen zorgen bestaan over de effectiviteit van de maatregel en het risico op discriminatie en onrechtvaardige uitsluiting. De voordelen en nadelen moeten per voorziening tegen elkaar worden afgewogen om te beoordelen of testbewijzen ethisch en juridisch verantwoord zijn.

Voor de afweging of inzet van testbewijzen verantwoord is, heeft de commissie een ethisch-juridisch kader opgesteld met voorwaarden. Alleen wanneer aan alle voorwaarden wordt voldaan, is de inzet van testbewijzen in een specifieke voorziening te overwegen.

Die voorwaarden zijn:

- Testbewijzen moeten noodzakelijk en effectief zijn om de samenleving te heropenen en tegelijkertijd virusverspreiding terug te dringen;

- Testbewijzen moeten de minst ingrijpende maatregel zijn om de doelstelling te bereiken;
- Testbewijzen moeten een proportionele maatregel zijn. Dat wil zeggen dat de gevolgen van het moeten kunnen tonen van een testbewijs in verhouding staan tot het doel dat daarmee wordt nagestreefd;
- Potentiële schadelijke effecten van de maatregel moeten worden geminimaliseerd;
- Iedereen moet gelijke (financiële) toegang hebben tot testmogelijkheden en -bewijzen;
- Het beleid mag niet tot discriminatie leiden;
- Er moet zorgvuldig en in overeenstemming met privacywetgeving worden omgegaan met de (bijzondere) persoonsgegevens van de houder van het testbewijs;
- Het beleid moet vanaf het begin periodiek worden gemonitord en geëvalueerd;
- Het beleid moet helder en begrijpelijk worden uitgelegd aan de bevolking.

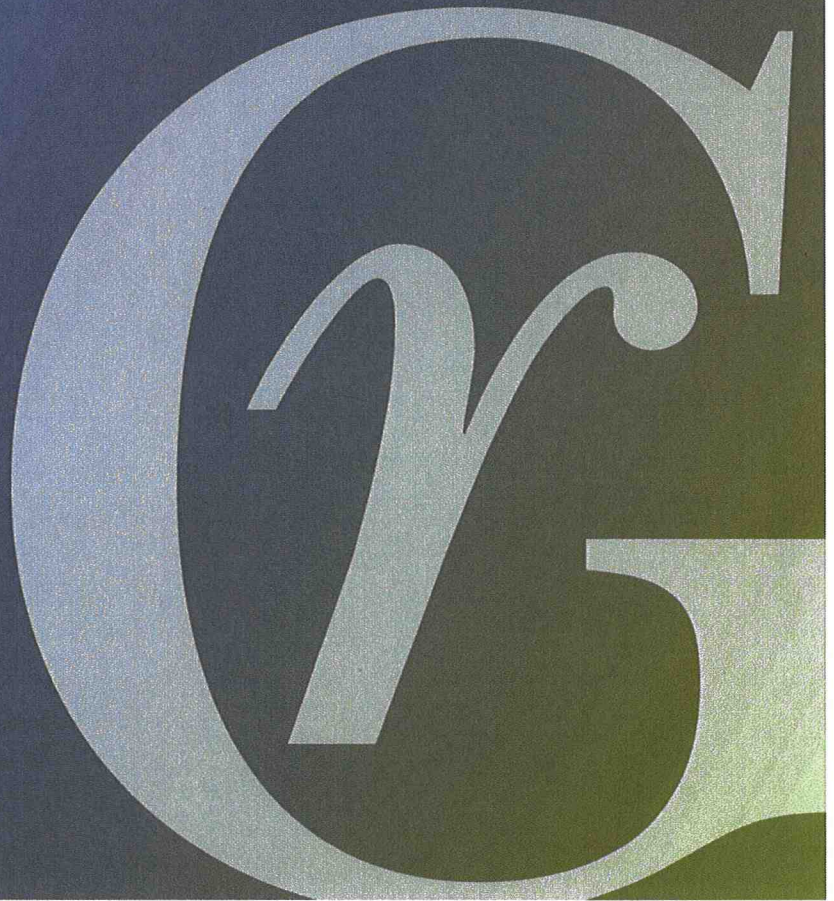


Testbewijzen kunnen vrijheden teruggeven maar ook vrijheden beperken. Dat hangt af van de Ausgangssituatie: zijn de besmettingsaantallen hoog en gelden er veel beperkende preventieve maatregelen (bijvoorbeeld in een lockdown) of zijn de besmettingsaantallen laag en gelden er nagenoeg geen beperkingen? De context waarin testbewijzen worden overwogen bepaalt in belangrijke mate of aan de voorwaarden wordt voldaan. De commissie benadrukt dat deze context dynamisch is. Dat betekent dat testbewijzen op het ene moment wel en later niet meer goed verdedigbaar kunnen zijn.

De beoordeling of aan alle voorwaarden wordt voldaan in een specifieke setting ligt bij de overheid. Als de overheid besluit het bewijs van een negatieve coronatest in te zetten voor toegang tot bepaalde voorzieningen dan is daarvoor een specifieke (formeel) wettelijke grondslag vereist als de toegang tot een bepaalde 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 toegangsvoorwaarde (tonen van een testbewijs) immers tot een (indirecte) testplicht.



01 inleiding



1.1 Aanleiding

Sinds begin 2020 is er sprake van een COVID-19-pandemie, veroorzaakt door het coronavirus (SARS-CoV-2). Net zoals in de rest van de wereld, is in Nederland de ziektelast van het coronavirus hoog. Besmetting kan mild verlopen, maar ook leiden tot ernstige ziekte en sterfte. Om de snelle verspreiding van het virus in te dammen, gelden sinds het begin van de pandemie preventieve basismaatregelen. Dit betreft onder meer anderhalve meter afstand houden, vaak de handen wassen, vermijden van drukke plekken en zo veel mogelijk thuiswerken. Verder gelden in verschillende fasen van de pandemie afhankelijk van het aantal besmettingen aanvullende maatregelen, zoals het sluiten van voorzieningen, waaronder scholen, niet-essentiële winkels, de horeca, uitgaansgelegenheden en sport(eventementen). De aard en omvang van de preventieve maatregelen hangen samen met de mate waarin het virus rondgaat. Deze maatregelen beperken de grondrechten en zijn in de Tijdelijke wet maatregelen COVID-19 geregeld.

De tot nu toe getroffen preventieve basismaatregelen gelden voor iedereen in Nederland. Verder beperkende maatregelen (zoals thuisisolatie) worden dringend geadviseerd aan mensen met een bewezen besmetting of met klachten die bij COVID-19 passen. Er is echter ook een scenario denkbaar waarin preventieve maatregelen juist worden verlicht voor mensen die kunnen aantonen dat ze niet besmettelijk zijn voor anderen. Daarmee zou meer bewegingsvrijheid kunnen ontstaan.

1.2 Adviesvraag

Het kabinet verkent momenteel verschillende strategieën voor laagdrempelige testprogramma's op het coronavirus. Testen is dan niet langer voorbehouden aan mensen met symptomen die passen bij het virus; ook mensen zonder symptomen kunnen zich in dat scenario laten testen. De gedachte is dat mensen met een recente negatieve testuitslag (weer) toegang zouden kunnen krijgen tot sociale en economische activiteiten, omdat het risico dat zij anderen besmetten gering zou zijn. Als bewijsstuk zou een (al dan niet gedigitaliseerd) 'coronapaspoort' kunnen dienen.

Op 17 december 2020 vroeg de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) de Gezondheidsraad te adviseren over onder welke voorwaarden een (digitaal) coronapaspoort ethisch en juridisch verantwoord kan worden ingezet bij het verstrekken van toegang tot de volgende settings:

- onderwijsinstellingen;
- zorginstellingen, zoals verpleeghuizen;
- publieke voorzieningen;
- werkomgeving;
- sociale gelegenheden zoals horeca, uitgaansgelegenheden of (sport)evenementen.

De adviesaanvraag staat op www.gezondheidsraad.nl.



Dit advies is opgesteld door de vaste Commissie Ethiek en recht van de Gezondheidsraad en is getoetst door de beraadsgroep. Het advies is op 14 januari 2021 door de voorzitter van de Gezondheidsraad aangeboden aan de minister van VWS. De samenstelling van de commissie, de incidenteel geraadpleegde deskundigen en de geïnterviewde experts zijn te vinden achter in dit advies.

1.3 Terminologie

Een coronapaspoort zoals beschreven in de adviesaanvraag impliceert een bewijsstuk van een recente negatieve testuitslag op het coronavirus. De commissie gebruikt in dit advies de neutralere term testbewijs. Een paspoort is een officieel, statisch document dat de identiteit van de houder vaststelt en het in- en uitreizen van een land mogelijk maakt. Vooral nog is niet duidelijk in hoeverre een coronapaspoort op een vergelijkbare manier de toegang tot bepaalde activiteiten reguleert. Ook suggereert de term een lange geldigheidsduur, terwijl een negatieve testuitslag slechts kortdurend zeggingskracht heeft. In dit advies spreekt de commissie gemakshalve van 'testbewijzen' in plaats van 'negatieve test-bewijzen' maar bedoelt daarmee hetzelfde.

Dit advies is gebaseerd op algemeen geaccepteerde uitgangspunten binnen de ethiek en het recht. Ethiek heeft betrekking op de systematische bestudering van het geheel van waarden en normen dat voor een persoon of een groep van belang is (de moraal). Het recht bestaat

uit een verzameling normen of regels die betrekking hebben op het handelen van mensen als leden van de samenleving.¹ De rechtswetenschap bestudeert deze (internationale en nationale) normen en regels, rechtspraak en literatuur ten aanzien van een bepaald onderwerp. Ethiek en recht verwijzen vaak, maar niet altijd, naar dezelfde morele waarden. Daarom spreekt de commissie van een ethisch-juridisch kader zonder onderscheid te maken tussen strikt juridische en strikt ethische voorwaarden.

1.4 Afbakening

In dit advies schetst de commissie het ethisch-juridische kader en de voorwaarden voor eventuele verantwoorde inzet van testbewijzen door de overheid. De commissie doet echter geen uitspraken over of die in een specifieke setting al dan niet verantwoord kan worden ingezet. Of aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan hangt af van enerzijds factoren die variabel zijn (zoals de epidemiologische situatie en de dan geldende maatregelen) en anderzijds factoren die nog grotendeels onbekend zijn (zoals betrouwbaarheid van testen in grote groepen mensen zonder klachten). Daarnaast spelen er factoren mee waar de Gezondheidsraad als wetenschappelijk adviesorgaan geen zicht op heeft, zoals uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. De uiteindelijke afweging betreft een politieke keuze die de raad niet kan maken.



Verder gaat de adviesvraag niet in op de verantwoordelijkheid en de rol van de overheid bij de inzet van testbewijzen door private partijen. Dit aspect komt in dit advies daarom niet aan de orde, maar zal wel behandeld worden in het advies over een ethisch kader voor het vaccinatiebeleid tegen COVID-19, dat binnenkort wordt aangeboden aan de minister. In die adviesaanvraag wordt wel expliciet gevraagd naar de rol van de overheid ten opzichte van private partijen.

1.5 Werkwijze

Het advies is gebaseerd op de beschikbare wetenschappelijke literatuur over ethisch-juridische kaders voor maatregelen ten behoeve van de publieke gezondheid, juridische bronnen over grondrechten en recente ethisch-wetenschappelijke literatuur over immuniteitsbewijzen. Gegevens over testen op het coronavirus en teststrategieën zijn afkomstig uit rapportages van de overheid en het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM). Ook zijn voor het advies de professionele en ervaringskennis van de commissieleden gebruikt, net als aanvullende inzichten uit interviews met externe ethische en juridische experts op het terrein van de medische ethiek, publieke gezondheid en grond- en mensenrechten. Tijdens de eerste vergadering hebben mevrouw dr. C. Reusken, hoofd-viroloog bij het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM) en prof. dr. C. Schultsz, hoogleraar medische microbiologie aan het Amsterdam UMC en lid van de vaste Commissie

Vaccinaties van de Gezondheidsraad, een technische presentatie gegeven over de beschikbare testen en testkarakteristieken.

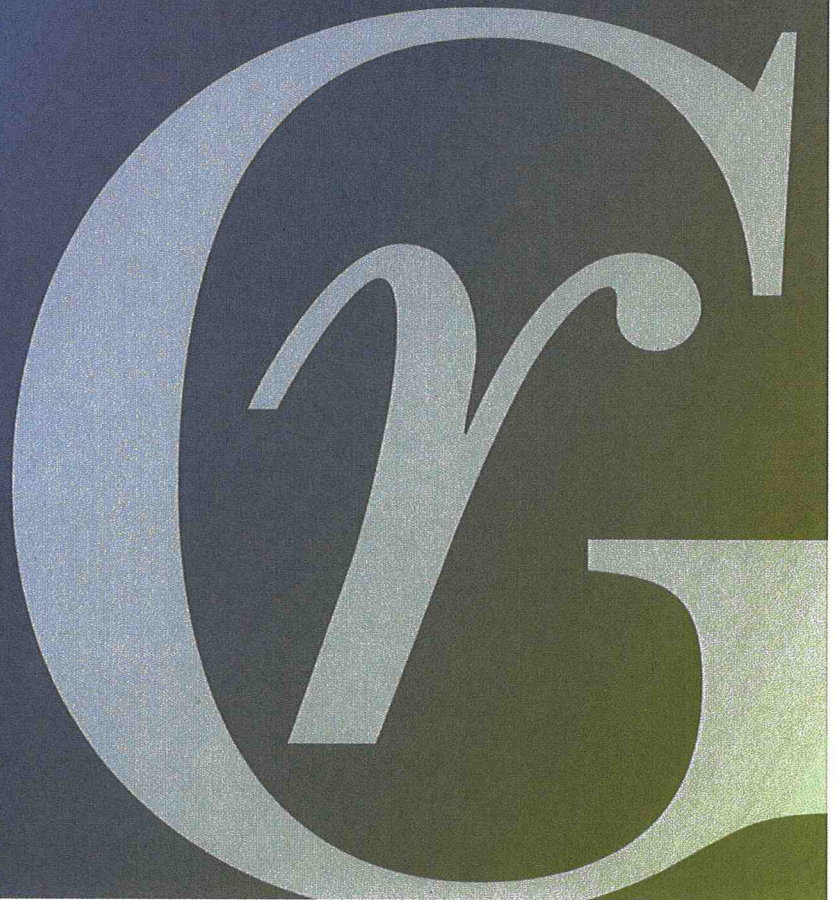
1.6 Leeswijzer

In hoofdstuk 2 beschrijft de commissie de voor dit advies relevante informatie over testen op het coronavirus en teststrategieën.

In hoofdstuk 3 gaat zij in op de ethische en juridische voorwaarden voor testbewijzen en de implicaties daarvan voor verschillende activiteiten en omgevingen. Tot slot bevat hoofdstuk 4 het advies aan de minister.



02 testen en teststrategieën



Grootschalig en laagdrempelig testen van mensen zonder klachten zou kunnen bijdragen aan het indammen van het virus en het stapsgewijs (her)openen van de samenleving. Hiervoor is het belangrijk dat de testen die worden gebruikt voldoende betrouwbaar zijn voor de kans dat iemand besmettelijk is voor anderen. De ideale test op (naderende) besmettelijkheid bestaat echter niet. Een negatieve testuitslag heeft daarnaast altijd slechts een beperkte geldigheidsduur. De betrouwbaarheid van testuitslagen is verder afhankelijk van de gebruikte testmethode, de epidemiologische situatie en de teststrategie.

2.1 Effectiviteit

De inzet van testbewijzen moet in de eerste plaats een effectieve maatregel zijn. Het beoogde doel van testbewijzen is het terugdringen van virusverspreiding en het bieden van meer vrijheden in de samenleving. Met het oog hierop moet de test voldoende betrouwbaar zijn om uitspraken te kunnen doen over de kans dat iemand een besmettingsrisico vormt voor anderen. Of een test dat kan is afhankelijk van de eigenschappen van de gebruikte testmethode, het aantal besmettingen in de populatie (epidemiologische situatie) en de teststrategie. Als de inzet van testbewijzen niet effectief is in het bereiken van de beoogde doelstelling (of zelfs contraproductief is), dan is die ethisch en juridisch niet te rechtvaardigen.

2.2 Testuitslag moet overeenkomen met besmettingsrisico

De directe testen die beschikbaar zijn, richten zich op het aantonen van een actuele besmetting met het coronavirus. De periode van besmetting loopt echter niet geheel parallel met die van besmettelijkheid, ofwel de periode dat iemand het virus kan overdragen op een ander. Als iemand al wel besmet is, maar zo'n lage hoeveelheid virus bij zich draagt dat de antigeentest (sneltest) deze nog niet aantoont, is diegene op het moment van testafname weliswaar niet besmettelijk, maar wordt dit zeer kort daarna wel. Er bestaat dus wel degelijk een (aanstaand) besmettingsrisico. De PCR-test is gevoeliger, maar kan ook in een vroege fase van de besmetting nog negatief zijn. In beide gevallen gaat het om mensen die op korte termijn besmettelijk zullen worden, maar die een negatieve testuitslag hebben. Aan de andere kant kan iemand bij wie de klachten zijn verdwenen mogelijk nog wel positief testen met een gevoelige PCR-test, terwijl deze persoon niet meer besmettelijk is. Idealiter maakt de test die gebruikt wordt om de toegang tot voorzieningen te reguleren onderscheid in besmettingsrisico. Zo'n test geeft een positieve uitslag als iemand besmettelijk is of dat op korte termijn zal worden en een negatieve uitslag als de besmettelijkheid is geweken.

2.3 Testuitslag moet voldoende betrouwbaar zijn

De ideale test op (naderende) besmettelijkheid bestaat feitelijk niet. De directe testen die beschikbaar zijn richten zich op het aantonen van



een actuele besmetting met het coronavirus. Hoe dan ook geldt dat de test voldoende betrouwbaar moet zijn voor het doel waarvoor die gebruikt wordt. Belangrijke testeigenschappen om te beoordelen of een test geschikt is voor het beoogde doel zijn de sensitiviteit, specificiteit, positief voorspellende waarde en negatief voorspellende waarde. In de volgende beschrijving van deze begrippen wordt uitgegaan van een test die besmetting opspoor.

De sensitiviteit verwijst naar de gevoeligheid van de test: de mate waarin de test mensen die besmet zijn daadwerkelijk identificeert als positief.

De specificiteit is de nauwkeurigheid van de test: de mate waarin de test mensen die niet besmet zijn daadwerkelijk identificeert als negatief.

Daarnaast zijn de positief voorspellende waarde (PVW) en negatief voorspellende waarde (NVW) relevant. De PVW geeft de kans aan dat mensen met een positieve testuitslag daadwerkelijk besmet zijn.

De NVW geeft de kans aan dat mensen met een negatieve testuitslag daadwerkelijk niet besmet zijn. De PVW en de NVW zijn afhankelijk van de testeigenschappen (sensitiviteit en de specificiteit) en de besmettingsgraad in de populatie (prevalentie). Naarmate er meer viruscirculatie is, neemt de PVW toe en neemt de NVW af. Dat betekent dat de betrouwbaarheid van testuitslagen, en daarmee de effectiviteit van testbewijzen afhangt van twee factoren: de epidemiologische situatie (figuur 1) en de teststrategie.

Welke eisen gesteld worden aan de sensitiviteit, specificiteit, PVW en NVW is afhankelijk van de populatie en het doel waarvoor de test wordt ingezet.

Figuur 1: Fictief rekenvoorbeeld voor de relatie tussen de besmettingsgraad in de populatie versus de betrouwbaarheid van testuitslagen.

Testeigenschappen fictieve test: sensitiviteit: 95% en specificiteit: 98%			
Prevalentie	0,5%	5,5%	60,0%
PVW	19,3%	73,4%	98,6%
NVW	100,0%	99,7%	92,9%

Bron: rekenvoorbeeld RIVM.

2.4 Beschikbare testmethoden

Met de directe testen die momenteel beschikbaar zijn wordt het slijm uit de neus en keelholte onderzocht op aanwezigheid van het coronavirus. Dit wordt gedaan met de PCR-test en de antigeentest (sneltest). Op dit moment wordt ook onderzocht of een ademtest betrouwbaar kan worden ingezet (zie kader). De sensitiviteit, specificiteit, PVW en NVW van deze testmethoden spelen een rol bij de inschatting van de effectiviteit van testbewijzen en moeten dus worden meegewogen. In dit advies doet de commissie geen uitspraken over de geschiktheid van de verschillende testmethoden voor de inzet van testbewijzen.



PCR-test

De standaardtest voor de diagnostiek en het bron- en contactonderzoek is de PCR-test.^{2,3} Deze wordt gebruikt op de GGD-testlocaties en in ziekenhuizen. De PCR-test meet of iemand besmet is met het coronavirus. Deze test heeft een hoge testgevoeligheid en is de meest betrouwbare test om het virus op te sporen. Dat betekent dat de PCR-test het virus ook opspoorst bij iemand die (nog) weinig virus bij zich draagt.

Antigeentest (sneltest)

De antigeentest toont aan of er antigenen van het coronavirus in neus- en keelslijm aanwezig zijn. Antigenen zijn stukjes van het virus (eiwitten). De test geeft meestal na een kwartier al een uitslag. Daarom wordt deze test ook wel de sneltest genoemd.⁴ De antigeentest is minder gevoelig dan de PCR-test en spoorst het virus dus minder goed op bij iemand die (nog) weinig virus bij zich draagt. Dit geldt zowel voor mensen met klachten als voor mensen zonder klachten of zonder bekende blootstelling aan het virus.⁵

Ademtest

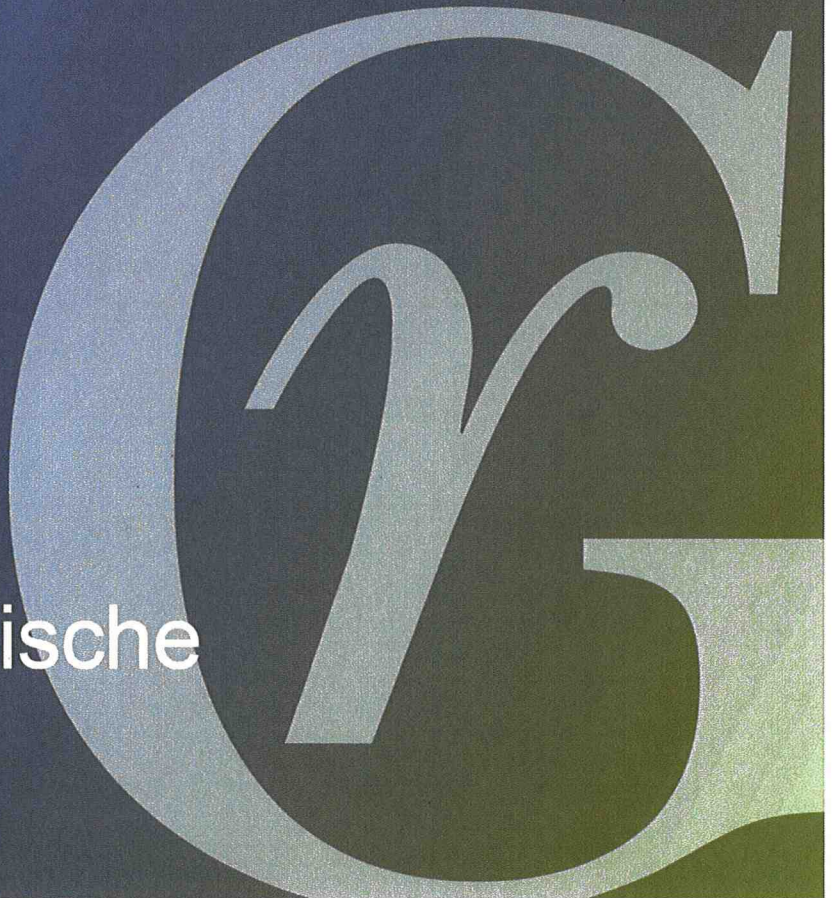
De ademtest, ook wel elektronische neus genoemd, onderzoekt de uitgeademde lucht op aanwezigheid van moleculen die wijzen op besmetting met het coronavirus.⁴ Per apparaat kunnen ongeveer tien testen per uur worden afgenomen. De ademtest-apparaten kwalificeren als medisch hulpmiddel. De testeigenschappen worden op dit moment nader onderzocht.

2.5 Effectiviteit afhankelijk van teststrategie

De effectiviteit van testbewijzen is naast de validiteit en betrouwbaarheid van de testen, ook afhankelijk van de teststrategie. Het maakt dus uit met welk doel en in welke groep getest wordt. De voorafkans op besmetting in de geteste groep (prevalentie) heeft namelijk invloed op de PVW en de NVW. Bij lage viruscirculatie is de PVW laag, bij hoge viruscirculatie is de NVW waarde laag. Om de effectiviteit van testbewijzen in een specifieke setting goed te kunnen beoordelen zijn daarnaast niet strikt de PVW en de NVW van belang ('hoog' of 'laag'), maar ook de effecten van die waarden op de virusverspreiding. Afhankelijk daarvan kan een hogere of lagere NVW acceptabel zijn. Modelleringsonderzoek kan bijdragen aan het inzichtelijk maken van hoeveel mensen in specifieke settings besmet kunnen raken als zich daar variërende aantallen mensen met een fout-negatieve testuitslag in begeven.



03 ethische en juridische voorwaarden



Testbewijzen zouden potentieel kunnen bijdragen aan het algemeen belang door het terugdringen van de virusverspreiding en het heropenen van de samenleving. Naast voordelen zijn er ook nadelen, die per setting tegen elkaar afgewogen moeten worden. Voor die afweging heeft de commissie een ethisch-juridisch kader met voorwaarden opgesteld. Voor elke setting moet beoordeeld worden of aan alle voorwaarden wordt voldaan.

3.1 Juridische aspecten

Testbewijs als overheidsmaatregel

Voor het verder openstellen van de samenleving verkent het kabinet de inzet van testbewijzen. Met 'inzet van testbewijzen' bedoelt de commissie dat het kabinet de toegang tot bepaalde voorzieningen reguleert door middel van een bewijs van een recente negatieve coronatest. Dit kan betekenen dat de toegang zonder zo'n bewijs ontzegd wordt, of dat er zonder zo'n bewijs andere beschermende maatregelen in acht moeten worden genomen. De overheid faciliteert en ontplooit verschillende initiatieven in de verkenning van (grootschalige) testprogramma's voor mensen zonder klachten om (sport)evenementen te kunnen toestaan en in werksituaties (zie kader).^{6,7}

Initiatieven van de overheid voor grootschalige testprogramma's

Voor werkgevers en instellingen is het sinds 21 december 2020 mogelijk om gevalideerde sneltesten te bestellen bij het Landelijke Coördinatiepunt Hulpmiddelen. Werkgevers mogen sneltesten afnemen en testlocaties inrichten als zij voldoen aan alle voorwaarden uit de LCI-richtlijn 'Handreiking testen binnen bedrijven en ondernemingen' die is opgesteld door het RIVM. De Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd is belast met het toezicht en de handhaving.

Fieldlab Evenementen hebben toestemming van de overheid om volgend jaar als experiment drie evenementen te organiseren: een theatervoorstelling in het Beatrix Theater in Utrecht; een zakelijk congres in de Jaarbeurs te Utrecht en een competitiewedstrijd van N.E.C. thuis en Almere City FC thuis. Bezoekers moeten aan voorwaarden voldoen. Hierbij kan worden gedacht aan:

- overleggen van een negatieve testuitslag
- invullen van een gezondheidsverklaring binnen 24 uur voor het evenement
- meewerken aan een temperatuurmeting of sneltest bij de ingang
- mijden van contact met kwetsbare groepen in de twee weken na het *pilotevent*.

Gerechtvaardigde inperking van grondrechten

Bij het opschalen en afschalen van de overheidsmaatregelen tijdens de pandemie (zoals omschreven in de zogenoemde routekaart) zal de overheid steeds een belangenafweging moeten maken. Bij de inzet van testbewijzen vormen de grond- en mensenrechten het uitgangspunt om te beoordelen of dit een gerechtvaardigde overheidsmaatregel is om



verspreiding van het coronavirus te voorkomen of mensen (geleidelijk aan) weer meer vrijheden terug te geven.

Het invoeren van een testbewijs raakt altijd, of het nu de bewegingsvrijheid van mensen verruimt of inperkt, aan grondrechten van mensen, zoals de bescherming van de volksgezondheid en de toegang tot zorg (art 22, lid 1 Grondwet, Gw), de privacy (art. 8 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en art. 10 Gw), het recht op de onaantastbaarheid van het lichaam (art. 11 Gw), het recht op onderwijs en het huisrecht (dit betreft het recht om zelf te bepalen wie toegang heeft tot de eigen persoonlijke levenssfeer of het huis). Dit laatste speelt voornamelijk bij zorginstellingen waar cliënten (bewoners) langdurig verblijven.

Overheidsmaatregelen die het recht op privacy, bewegings- en keuzevrijheid, en het recht op onaantastbaarheid van het lichaam (art. 8 EVRM en art. 11 Gw) inperken zijn gerechtvaardigd als:

- ze voorzien zijn bij wet; er bestaat een wettelijke grondslag voor de maatregel;
- ze noodzakelijk zijn in een democratische samenleving; de inperking staat in verhouding tot het beoogde doel (proportionaliteit) en er zijn geen andere minder ingrijpende maatregelen (subsidiariteit); en
- de maatregelen noodzakelijk zijn om een algemeen belang te beschermen. De algemene belangen zijn opgesomd in artikel 8 EVRM.

Dit betreft onder andere het economisch welzijn van een land, de bescherming van de gezondheid en de rechten van vrijheden van anderen.

Bij de beoordeling of een inperking van een fundamenteel recht voldoet aan de eisen van proportionaliteit heeft de overheid op basis van de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) een beoordelingsmarge.^{8,9}

Wettelijke grondslag

In de Wet publieke gezondheid (Wpg) is met de Tijdelijke wet maatregelen COVID-19 (art. 58a, ev. Wpg) de mogelijkheid gecreëerd om via een ministeriële regeling aanvullende voorwaarden te stellen voor bijvoorbeeld publieke plaatsen en (sport)evenementen. De Raad van State en de wetgever zijn van oordeel dat het door de bijzondere pandemische situatie, het tijdelijke karakter van de wet, het belang van een snelle besluitvorming voor de samenleving en de eis van proportionaliteit aanvaardbaar is dat maatregelen via een ministeriële regeling kunnen worden op- en afgeschaald.¹⁰ De Grondwet en het EVRM laten dit ook toe. Bovendien geldt voor ministeriële regelingen op basis van de Tijdelijke wet maatregelen COVID-19 een speciale regeling voor democratische legitimatie. Deze ministeriële regelingen worden anders dan gewone ministeriële regelingen besproken in de ministerraad en vervolgens voorgelegd aan de Tweede en Eerste Kamer. De regeling



treedt in werking een week na indiening bij de Tweede Kamer, tenzij de Tweede Kamer niet instemt met de regeling.

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. Het moeten ondergaan van deze medische handeling voor de toegang tot een voorziening is een inbreuk op de lichamelijke integriteit. Voor een dergelijke inbreuk is op basis van het legaliteitsbeginsel en de grondrechtenleer een specifieke formeel wettelijke grondslag noodzakelijk. Dit betekent dat de Tijdelijke wet maatregelen COVID-19 moet worden aangepast. Dit is (ook) bevestigd in de recente adviezen van de Raad van State over de Tijdelijke wet maatregelen COVID-19,¹⁰ in het voorstel tot wijziging van deze wet in verband met regels over een negatief testbewijs in het internationaal personenvervoer naar Nederland¹¹ en in het vonnis in kort geding van de rechtbank Den Haag van 31 december 2020 over de verplichte negatieve PCR-test voor internationale reizen vanuit hoog-risicogebieden naar Nederland.¹²

Als er een redelijk alternatief voorhanden is bij het niet kunnen of willen tonen van een testbewijs, zoals toegang tot de voorziening of activiteit met

extra beschermingsmaatregelen, dan meent de commissie dat er geen specifieke (formeel) wettelijke grondslag nodig is. Er is dan namelijk geen sprake van een (indirecte) testplicht, omdat er een keuzemogelijkheid bestaat voor mensen die geen testbewijs kunnen of willen tonen. Dit betekent dat de inzet van een testbewijs ook via een ministeriële regeling kan worden gerealiseerd (in lijn met de delegatiebepaling(en) in de wet). Een aanpassing van de Tijdelijke wet maatregelen COVID-19 is dan niet vereist.

Wettelijke grondslag voor gegevensverwerking

Een testbewijs bevat bijzondere persoonsgegevens, namelijk gegevens over de gezondheid. Het testbewijs moet identificatie van de houder mogelijk maken en bewijzen dat iemand niet besmettelijk is. De vraag is of testbewijzen onder de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) vallen. Dat lijkt niet het geval zolang er alleen wordt gevraagd om een papieren of digitaal bewijs te tonen. Als de getoonde negatieve testuitslag wordt geregistreerd in een (elektronisch) systeem en raadpleegbaar is, dan is de AVG zonder meer van toepassing. Dat laatste heeft juridische gevolgen, zoals dat er een specifieke grondslag in de wet nodig is voor de verwerking van de bijzondere persoonsgegevens. De commissie verwijst in dat verband naar de discussie over de Tijdelijke wet notificatieapplicatie COVID-19 waarin door de regering het standpunt is ingenomen dat toestemming van de betrokkene niet voldoende is om



de bijzondere persoonsgegevens te mogen verwerken in een situatie waarin geen sprake is van volledige vrijwillige toestemming. Die situatie lijkt zich hier ook voor te doen.

3.2 Ethisch dilemma en argumenten

Testbewijzen roepen niet alleen juridische maar ook ethische vragen op. Vaak vallen de juridische en ethische overwegingen samen, maar dat wil niet zeggen dat ze ook altijd tot dezelfde uitkomst leiden. Zelfs als de inzet van testbewijzen juridisch verantwoord is, kan er nog steeds sprake zijn van een ethisch dilemma. Er is dan een conflict tussen twee of meerdere ethische kernprincipes, zoals weldoen, niet schaden, autonomie (zelf-beschikking) of rechtvaardigheid.¹³ In het geval van testbewijzen komt het dilemma voort uit de spanning tussen enerzijds het belang van sociale en economische voordelen en de bescherming van (volks)gezondheid en anderzijds individuele rechten en belangen zoals bewegingsvrijheid, privacy en lichamelijke integriteit.

In het debat over de ethische aanvaardbaarheid van bewijzen van niet-besmettelijkheid worden verschillende argumenten aangevoerd. Zo zouden ze een positief effect hebben op de volksgezondheid doordat de verspreiding van het virus afneemt.¹⁴ Ook kunnen ze zorgen voor meer bewegingsvrijheid voor mensen die aantoonbaar niet besmettelijk zijn en bieden ze sociale en economische voordelen doordat meer voorzieningen geopend kunnen worden.¹⁵ Sociale voordelen zijn relevant omdat ze

betrekking hebben op het welzijn van mensen. Het nadeel van beperkte toegang voor mensen die geen bewijs kunnen overleggen wordt in deze zienswijze gelegitimeerd vanuit een situatie waarin die toegang al was beperkt door de overheid (bijvoorbeeld in een lockdown). Daarnaast kan beargumenteerd worden dat het onrechtvaardig is om de bewegingsvrijheid van mensen die aantoonbaar niet-besmettelijk zijn te beperken.¹⁶ Een andere redenering volgt de analogie met een kwalificatie- of veiligheidseis voor activiteiten waarin iemand het risico loopt om schade aan derden toe te brengen.¹⁴ Een testbewijs zou, net als een rijbewijs of vliegbrevet, dat risico kunnen verkleinen.

Tegenstanders van testbewijzen benadrukken de potentiële risico's die eraan verbonden zijn. Een aantal ethici heeft zich uitgesproken tegen immuniteitsbewijzen met argumenten die ook relevant zijn voor testbewijzen.¹⁷⁻²⁰ Zo zou een testbewijs mogelijk ongerechtvaardigde inbreuk kunnen maken op individuele (grond)rechten, fundamentele vrijheden en belangen. Er is een risico dat sociaaleconomische ongelijkheden vergroot worden wanneer testmogelijkheden niet voor iedereen gelijk zijn, en een risico op discriminatie. Daarnaast kan er schade ontstaan door onjuiste testuitslagen: bij fout-negatieve uitslagen is er alsnog kans op verspreiding van het virus, bij fout-positieve uitslagen wordt mensen in feite onterecht toegang tot een bepaalde omgeving of voorziening onzegd.



Tot slot kunnen testbewijzen tot verdere virusverspreiding leiden door contraproductieve maatschappelijke gevolgen, zoals fraude met testbewijzen en verminderd draagvlak voor of naleving van de algemeen geldende preventieve maatregelen.

Hoe het dilemma wordt geschetst is afhankelijk van de uitgangssituatie. In een lockdown zouden testbewijzen vrijheden kunnen teruggeven, in een situatie met weinig beperkende preventieve maatregelen lijken testbewijzen vrijheden vooral te beperken. En over de mogelijke schadelijke gevolgen: als er een paar fout-negatieve voetbalfans in een vol stadion aanwezig zijn, dan is sprake van een aanzienlijke risicoreductie op virusverspreiding ten opzichte van een situatie zonder testbewijzen. Maar in vergelijking met de situatie waarin stadions *überhaupt* niet voor publiek toegankelijk zijn, is er juist sprake van risicovergroting.

3.3 Factoren die van belang zijn voor de afweging

De ethische en juridische aanvaardbaarheid van testbewijzen kan alleen beoordeeld worden als er helderheid bestaat over de doelstelling van de maatregel, de context en de gevolgen ervan.

Doelstelling

Duidelijk moet zijn wat de doelstelling van testbewijzen is. Verondersteld wordt dat een testbewijs op twee manieren kan bijdragen aan het algemeen belang 1) via het bevorderen van de volksgezondheid door

terugdringen van de virusverspreiding en 2) via het vergroten van sociale en economische voordelen door het (verder) openstellen van de samenleving. De doelstelling van het beleid moet expliciet zijn en worden gespecificeerd per setting.

Context

De context waarin testbewijzen worden ingezet verschilt. De belangrijkste variabele factoren zijn de epidemiologische situatie, de dan geldende preventieve maatregelen, de teststrategie en de setting.

De epidemiologische situatie verwijst naar het aantal besmettingen, ziekenhuisopnames en sterfgevallen als gevolg van COVID-19.

De epidemiologische situatie heeft invloed op de preventieve maatregelen die op dat moment gelden ter bestrijding van het virus. De uitgangssituatie is van belang om de gevolgen van testbewijzen voor mensen te kunnen duiden: worden vrijheden verruimd of beperkt met een testbewijs?

In een totale lockdown wordt de bewegingsvrijheid van iedereen vergaand beperkt door de overheid. In dat geval geven testbewijzen vrijheden terug. In een epidemiologische situatie waarin de besmettingsaantallen laag zijn en er niet of nauwelijks preventieve maatregelen nodig zijn, is het omgekeerde aan de hand: dan beperken testbewijzen vrijheden. In de zogenoemde routekaart van de overheid zijn de maatregelen te vinden die horen bij verschillende risiconiveaus.



Daarnaast is het van belang om te weten wat de teststrategie is. Het kabinet geeft aan een grootschalig en laagdrempelig testprogramma te willen uitwerken waarmee incidentgericht en/of frequent getest kan worden. Het is relevant om te specificeren aan wie testmogelijkheden geboden worden en met welk doel. Dit is nodig om te kunnen beoordelen of de maatregel verantwoord is.

De context wordt ook bepaald door de setting: de omgeving, doelgroep of lokale omstandigheden waarin testbewijzen worden ingezet. In de adviesvraag staan vijf concrete settings genoemd. De afweging van de ethische en juridische aanvaardbaarheid van testbewijzen verschilt per setting en zal ook per setting beoordeeld moeten worden.

Gevolgen

Het is van belang om helder te krijgen wat de gevolgen zijn van het testbeleid. Zo zullen er specifieke gevolgen worden verbonden aan een positief testresultaat, een negatief testresultaat en aan het niet kunnen of willen overleggen van een testbewijs. Bij een positief testresultaat zullen de huidige regels waarschijnlijk van toepassing zijn (dringend advies tot thuisisolatie). Een negatief testresultaat zou fysieke toegang kunnen geven tot een bepaalde setting. Het is nu nog onduidelijk of het gaat om fysieke toegang met of zonder aanvullende preventieve maatregelen, zoals afstand houden. Het is ook nog onduidelijk welke gevolgen het heeft als iemand geen testbewijs kan of wil overleggen. Om de ethische en

juridische aanvaardbaarheid te kunnen beoordelen is het belangrijk om te definiëren welke consequenties het heeft als iemand geen testbewijs kan of wil overleggen. Daarbij onderscheidt de commissie grofweg twee mogelijkheden: iemand krijgt geen fysieke toegang of krijgt wel fysieke toegang maar met aanvullende maatregelen, zoals afstandsmaatregelen en/of het dragen van persoonlijke beschermingsmiddelen. Ook is van belang welke alternatieven geboden worden als iemand fysieke toegang wordt ontzegd. Gaat het bijvoorbeeld om dienstverlening die ook digitaal beschikbaar is? De gevolgen zijn relevant bij de beoordeling van de aard en omvang van de sociale en economische voordelen (of nadelen) en de mate van de inbreuk op de grondrechten.

3.4 Voorwaarden

De voordelen en nadelen van testbewijzen zullen per setting tegen elkaar moeten worden afgewogen. Voor die afweging heeft de commissie een ethisch-juridisch kader met voorwaarden opgesteld. Voor elke toepassing van testbewijzen moet afzonderlijk beoordeeld worden of aan alle voorwaarden wordt voldaan. Ethisch en juridisch relevante factoren verschillen namelijk per situatie. De voorwaarden zijn ontleend aan de bestaande ethisch-juridische kaders voor maatregelen ten behoeve van de publieke gezondheid.^{21,22}



Algemeen belang

Testbewijzen moeten bijdragen aan het algemeen belang. In dit geval gaat het enerzijds om het bevorderen van de volksgezondheid door het terugdringen van de virusverspreiding, waardoor minder mensen ziek zullen worden of zullen overlijden aan de gevolgen van COVID-19. Anderzijds kunnen testbewijzen bewegingsvrijheid teruggeven en daarmee belangrijke maatschappelijke voordelen opleveren voor zowel individuen als de samenleving als geheel. Maatschappelijke voordelen zijn onder meer het (weer) kunnen deelnemen aan of uitvoeren van sociale en economische activiteiten.

Noodzakelijkheid

Testbewijzen moeten noodzakelijk zijn om het doel dat ermee beoogd wordt te bereiken. In een setting waarin het risico op besmetting nagenoeg nihil is, bijvoorbeeld als iedereen gevaccineerd is of er geen virus-circulatie meer is, zal de noodzaak van een testbewijs vervallen. De legitimiteit van de maatregel is gebaseerd op het schadebeginsel: de inbreuk op individuele vrijheden wordt gerechtvaardigd door het beperken van het risico op ernstige schade aan derden, in dit geval de volksgezondheid. Hieruit volgt dat als er geen risico op (gezondheid) schade is, de maatregel niet noodzakelijk is en dus niet gelegitimeerd is.

Effectiviteit

Testbewijzen moeten effectief zijn in het bereiken van de beoogde doelstelling. Dit hangt af van een aantal factoren, waaronder de testmethode, testeigenschappen, de epidemiologische situatie, de teststrategie en de gevolgen die aan testuitslagen verbonden worden (zie ook hoofdstuk 2). Als er nog onvoldoende evidentie is voor de effectiviteit van de inzet van testbewijzen, dan moet er in ieder geval een sterke verwachting of aanwijzing zijn dat deze effectief is en in ieder geval niet leidt tot meer virusverspreiding ten opzichte van de uitgangssituatie. Modelleringsonderzoek waarin de verschillende testeigenschappen worden meegenomen zou hieraan kunnen bijdragen. Bijvoorbeeld door te laten zien in hoeverre een paar mensen met een fout-negatieve testuitslag anderen besmetten in specifieke situaties. Ook zijn de praktische uitvoerbaarheid, handhaafbaarheid en het maatschappelijk draagvlak van invloed op de effectiviteit van het beleid. Als de maatregel praktisch niet uitvoerbaar is of contraproductieve effecten heeft (denk aan fraude met testbewijzen of afname van het draagvlak voor de preventieve basismaatregelen), kan de maatregel ook niet effectief zijn.

Subsidiariteit

Testbewijzen moeten de beste, maar ook de minst ingrijpende manier zijn om de beoogde doelstelling te bereiken. Er is een serieuze poging vereist om minder ingrijpende alternatieven te verkennen waarmee mogelijk hetzelfde bereikt zou kunnen worden.



Proportionaliteit

Een testbewijs moet een proportionele maatregel zijn. Proportionaliteit wil hier zeggen dat de collectieve en individuele voordelen die de maatregel oplevert voldoende opwegen tegen de inbreuk die de maatregel maakt op individuele (grond)rechten, vrijheden en belangen van mensen. Hoe groter de inbreuk op individuele (grond)rechten en belangen, hoe groter de collectieve of individuele voordelen moeten zijn.

Nadelige effecten (schade) minimaliseren

In een testbeleid dat gebruikmaakt van testbewijzen moeten voorzorgsmaatregelen getroffen worden om potentiële negatieve gevolgen (schade) te voorkomen. Een beleid met testbewijzen kan risico's op verschillende soorten schade geven: fraude met testuitslagen, vermijdbare achterstand voor mensen die geen testbewijs kunnen of willen overleggen en schade door verminderd draagvlak voor de algemeen geldende preventieve basismaatregelen. Voorzorgsmaatregelen zijn van belang om dergelijke schade te minimaliseren.

Privacy waarborgen

Bij de inzet van testbewijzen moet de privacy van de houder worden gewaarborgd.

Gelijke toegang en non-discriminatie

Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en dat ongelijke gevallen ongelijk mogen worden behandeld. Er bestaat een risico dat reeds bestaande ongelijkheden vergroot worden wanneer niet iedereen dezelfde toegang heeft tot testmogelijkheden en testbewijzen. Deze moeten daarom voor iedereen gelijkelijk toegankelijk zijn. Hoe gelijke toegang precies gerealiseerd wordt kan per situatie verschillen. Er moeten in ieder geval geen onredelijke financiële of logistieke beperkingen op testmogelijkheden zijn. Indien gelijke toegang niet (direct) mogelijk is, moeten goede alternatieven worden geboden om onrechtvaardige behandeling, discriminatie en stigmatisering te voorkomen. Dit geldt ook voor mensen die om psychische of lichamelijke redenen geen test kunnen ondergaan.

Communicatie en educatie

Publiek vertrouwen is essentieel voor het maatschappelijk draagvlak van testbewijzen. Adequate communicatie, educatie en ondersteuning is hiervoor van belang (ook voor de mensen die geen gebruik willen maken van testmogelijkheden of testbewijzen).

Evaluatie en monitoring

Evaluatie en monitoring van het beleid zijn van belang om te beoordelen of de inzet van testbewijzen, onder de alsmaar veranderende omstandigheden, nog steeds verdedigbaar is. Hiervoor is het nodig om vooraf



te definiëren wanneer en onder welke omstandigheden de maatregel beëindigd moet worden (stopregels).

3.5 Specifieke settings

De commissie stelt dat per setting door de overheid bekeken moet worden of aan alle voorwaarden wordt voldaan. De afweging kan verschillend uitvallen per setting en per toepassing binnen die setting. De settings bevinden zich onder andere op een glijdende schaal van essentieel belang. Dat wil zeggen dat toegang tot sommige settings van groter maatschappelijk belang is dan tot andere. Zo vervult toegang tot onderwijs en zorg voor respectievelijk leerlingen en patiënten een basisbehoefte en is dat voor sociale gelegenheden minder evident. Dat betekent niet zonder meer dat testbewijzen minder aanvaardbaar zijn voor toegang tot essentiële voorzieningen. De invulling van de voorwaarden wordt in ieder geval sterk beïnvloed door het soort voorziening (essentieel of niet-essentieel), de epidemiologische Ausgangssituatie en de dan geldende maatregelen (is de toegang al beperkt of niet) en de gevolgen die aan testbewijzen verbonden worden in een specifieke setting (mogelijke alternatieven).

De commissie geeft hieronder overwegingen die relevant zijn voor de verschillende settings en die de verdere gedachtevorming van beleidsmakers kunnen bevorderen. Het gaat dus gezinszins om een eindoordeel.

Onderwijsinstellingen

Onderwijs is een basisbehoefte. Minderjarigen uitsluiten van onderwijs is strijdig met de Leerplichtwet en het Verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK). Op grond van artikel 3 van het IVRK moet bij elke overheidsmaatregel het belang van het kind (0-18 jaar) de eerste overweging zijn. Desondanks zijn onderwijsinstellingen in verschillende fasen van de pandemie gesloten geweest in het belang van de volksgezondheid. Afhankelijk van de Ausgangssituatie kunnen testbewijzen toegang tot deze essentiële voorziening bevorderen of beperken. Dat is relevant voor de beoordeling van het potentiële voordeel van testbewijzen en de potentiële nadelen. Het potentiële voordeel of nadeel dat de inzet van testbewijzen oplevert hoeft niet even groot te zijn voor elk type onderwijs. Het oordeel over de effectiviteit, subsidiariteit en proportionaliteit van een testbewijs voor studenten in het hoger beroepsonderwijs en het wetenschappelijk onderwijs zal waarschijnlijk anders uitvallen dan voor studenten in het middelbaar beroepsonderwijs, waar het essentieel is om praktijkvakken te kunnen volgen. Per onderwijstype moet in kaart worden gebracht in hoeverre alternatieven voor fysiek onderwijs reëel zijn. Aandachtspunt is dat testbewijzen bestaande ongelijkheden niet nog verder kunnen vergroten, waardoor bijvoorbeeld kinderen met een leerachterstand nog meer achter gaan lopen.



Tot slot merkt de commissie op dat frequent testen (drie tot vier maal per week) van (jonge) kinderen in de basisschooleeftijd een aanzienlijke belasting is en organisatorisch waarschijnlijk een grotere uitdaging dan voor (meerderjarige) studenten. Het frequent testen van een doelgroep met een lage prevalentie, zoals misschien geldt voor jonge kinderen, zal in absolute zin tot veel fout-positieven leiden. Deze aspecten zijn van belang voor de beoordeling van de noodzakelijkheid, effectiviteit en proportionaliteit van de inzet van testbewijzen. De overwegingen rond testbewijzen voor onderwijzend personeel (werknemers) vallen onder Werkomgeving.

Zorginstellingen

Toegang tot fysieke zorginstellingen is van belang om een aantal redenen: zorginstellingen leveren directe patiëntenzorg, faciliteren bezoek aan patiënten en bewoners, en zijn werkgever van een breed scala aan beroepsbeoefenaren. Voor elk van die groepen kan de afweging over de inzet van testbewijzen anders uitvallen. In deze paragraaf worden patiënten en bezoekers besproken. Werknemers komen onder Werkomgeving aan bod. Uitsluiting van (noodzakelijke) zorg is onder geen enkele omstandigheid wenselijk en rechtmatig en dus verboden, omdat de potentiële schade daarvan te groot is. Of testbewijzen toegang bevorderen of beperken voor bezoekers hangt af van de uitgangssituatie, ofwel de bezoekregeling. Bij de totstandkoming van de Tijdelijke wet maatregelen COVID-19 is uitgebreid stilgestaan bij het opleggen van

beperkingen in de toegang tot zorgaanbieders en zorglocaties, zoals verpleeghuizen, psychiatrische ziekenhuizen en zorginstellingen voor mensen met een verstandelijke beperking. Wanneer patiënten bewoners zijn van een instelling dan kunnen voorwaarden aan het bezoek hun recht beperken om zelf te bepalen wie ze in hun huis willen ontvangen (huisrecht).¹⁰ Op grond van art. 58o, lid 2 Wpg kunnen zorgaanbieders voorwaarden stellen aan de toegang van mensen die niet bij de zorg en hulpverlening zijn betrokken, indien dit noodzakelijk is om verspreiding van het coronavirus te voorkomen. Ook de minister kan bij ministeriële regeling voorwaarden stellen aan de toegang, als de maatregelen van zorgaanbieders om de virusverspreiding tegen te gaan onvoldoende of onevenredig zijn (art. 58o, lid 3 Wpg). Voorwaarden mogen niet worden opgelegd aan familieleden of naasten als de patiënt op korte termijn komt te overlijden en aan de advocaat of cliëntvertrouwenspersoon (art. 58o, lid 5 Wpg).

Publieke plaatsen

Publieke plaatsen zijn voor het publiek openstaande gebouwen, zoals de bibliotheek, het buurthuis en het gemeenteloket in het gemeentehuis. Er bestaan publieke plaatsen waartoe de toegang nooit ontzegd mag worden op grond van wet- en regelgeving. Dit geldt bijvoorbeeld voor het stemlokaal, de Staten-Generaal, de gemeenteraad of het gerechtshof (art. 58h Wpg). In verschillende fasen van de pandemie zijn bepaalde publieke plaatsen, zoals bibliotheken en buurthuizen, gesloten geweest.



In die uitgangssituatie kan een testbewijs toegang weer mogelijk maken. Maar ook dan hangt de rechtvaardiging af van de voorwaarden. Zijn testbewijzen bijvoorbeeld de minst ingrijpende maatregel om het doel te bereiken in vergelijking met andere maatregelen (subsidiariteit)?

Werkomgeving

Testbewijzen kunnen toegang tot de werkomgeving bevorderen of beperken, afhankelijk van de uitgangssituatie. Hiervoor is relevant of werknemers thuiswerken of al fysiek op het werk aanwezig zijn. Op het eerste gezicht zou een testbewijs een noodzakelijke maatregel kunnen zijn, omdat op dit moment veel besmettingen voorkomen op de werkvloer. Dit moet echter worden afgewogen tegen andere maatregelen (subsidiariteit). Uitsluiting van de werkomgeving omdat iemand geen testbewijs kan of wil overleggen kan in omvang variërend nadeel tot gevolg hebben. Dat nadeel is bijvoorbeeld minder groot wanneer mensen thuis kunnen werken dan wanneer dat niet kan vanwege de aard van het beroep. Daarnaast is de belasting van frequent testen relevant voor de beoordeling van de proportionaliteit van de maatregel. Dit ligt bijvoorbeeld anders voor mensen met vaste baan dan voor zelfstandigen of uitzendkrachten.

Sociale gelegenheden

De inzet van testbewijzen voor toegang tot sociale gelegenheden zou in theorie aan alle voorwaarden kunnen voldoen. De meeste sociale gelegenheden zijn momenteel niet toegankelijk. Het gaat doorgaans om grote bijeenkomsten waar het niet goed mogelijk is om preventieve maatregelen te handhaven. Het belang van het openen van sociale gelegenheden is groot: dit betreft niet alleen het opstarten van het sociaaleconomisch verkeer, maar ook voorkomen van (verdere) schade aan de sociale en emotionele ontwikkeling van jongeren en jongvolwassenen die elkaar nu niet in sociale settings kunnen ontmoeten. Ook dan zal moeten beoordeeld worden in hoeverre mensen die zich niet kunnen of willen laten testen nadeel ervaren en welke alternatieven geboden worden. Bijvoorbeeld, worden deze mensen helemaal niet toegelaten tot sociale gelegenheden of moeten zij zich aan aanvullende preventieve maatregelen houden? In het geval fysieke toegang wordt geweigerd zonder testbewijs, maakt het voor de proportionaliteitstoets bijvoorbeeld ook nog uit of het om een eenmalig bezoek gaat (zoals een evenement) of frequenter bezoek (zoals de horeca).



04 advies



De commissie stelt dat – uitgaande van de huidige situatie waarin veel beperkende preventieve maatregelen gelden – de inzet van testbewijzen maatschappelijke voordelen kan hebben, maar dat er ook nadelen zijn. De potentiële voordelen en nadelen moeten per setting tegen elkaar worden afgewogen om te beoordelen of de maatregel ethisch en juridisch gerechtvaardigd is. Hiervoor heeft de commissie een ethisch-juridisch kader opgesteld met voorwaarden. Alleen wanneer aan alle voorwaarden wordt voldaan, is de inzet van testbewijzen door de overheid in een specifieke setting te overwegen. Overigens kunnen contraproductieve maatschappelijke effecten of problemen in de praktische uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid er alsnog toe leiden dat een dergelijk beleid niet wenselijk en zelfs onrechtmatig is.

Die voorwaarden zijn:

- Testbewijzen moeten noodzakelijk en effectief zijn om de samenleving te heropenen en tegelijkertijd virusverspreiding terug te dringen;
- Testbewijzen moeten de minst ingrijpende maatregel zijn om de doelstelling te bereiken;
- Testbewijzen moeten een proportionele maatregel zijn. Dat wil zeggen dat de gevolgen van het moeten kunnen tonen van een testbewijs in verhouding staan tot het doel dat daarmee wordt nagestreefd;
- Potentiële schadelijke effecten van de maatregel moeten worden geminimaliseerd;

- Iedereen moet gelijke (financiële) toegang hebben tot testmogelijkheden en -bewijzen;
- Het beleid mag niet tot discriminatie leiden;
- Er moet zorgvuldig en in overeenstemming met privacywetgeving worden omgegaan met de (bijzondere) persoonsgegevens van de houder van het testbewijs;
- Het beleid moet vanaf het begin periodiek worden gemonitord en geëvalueerd;
- Het beleid moet helder en begrijpelijk worden uitgelegd aan de bevolking.

Vooraf moeten de doelstelling en context van de inzet van testbewijzen duidelijk zijn. Met context doelt de commissie op de specifieke setting waarin testbewijzen worden overwogen en of de toegang daartoe op dat moment al wel of niet is beperkt. Dat laatste hangt samen met de epidemiologische situatie. Testbewijzen kunnen namelijk afhankelijk van de context vrijheden teruggeven of vrijheden beperken. De commissie benadrukt dat deze context dynamisch is. Dat betekent dat testbewijzen op het ene moment wel en later niet meer goed verdedigbaar kunnen zijn.

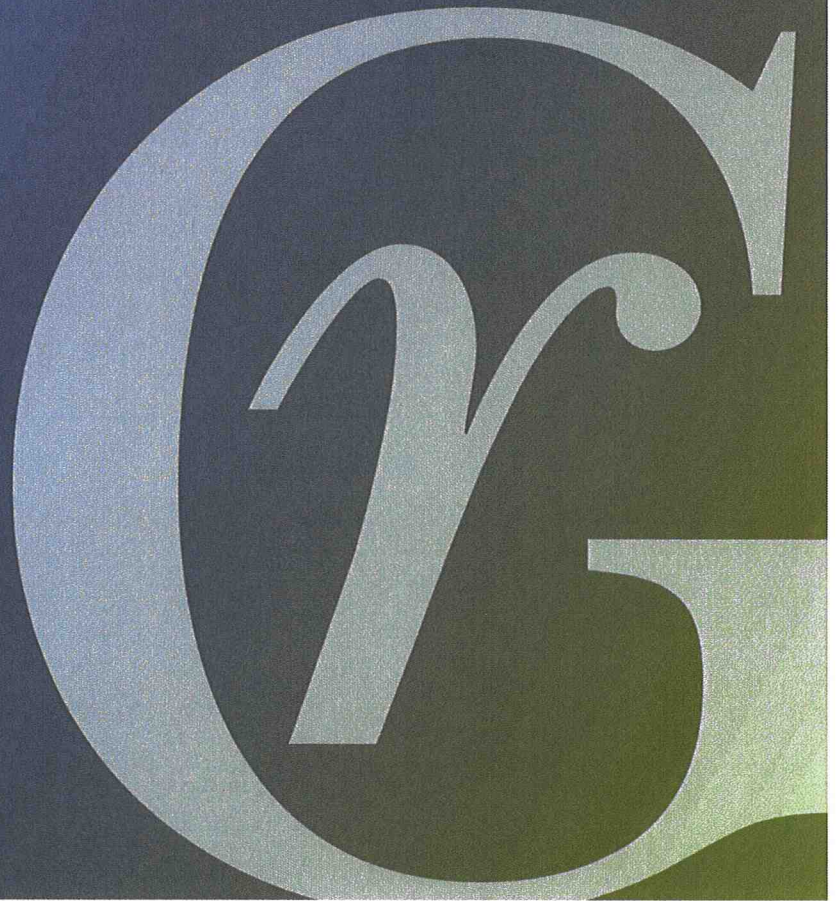
De beoordeling of aan alle voorwaarden wordt voldaan in een specifieke setting ligt bij de overheid. Als de overheid besluit testbewijzen in te zetten voor toegang tot bepaalde voorzieningen dan is daarvoor een specifieke



(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.



literatuur



- ¹ Buijsen M, Hermans H. *Recht en gezondheidszorg* Amsterdam: Elsevier Gezondheidszorg; 2010.
- ² Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM). *Over de betrouwbaarheid van de PCR-test voor SARS-CoV-2*. 2020.
- ³ Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM). *Toelichting SARS-CoV-2 PCR*. 12 oktober 2020.
- ⁴ De Jonge HM, minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS). *Stand van zakenbrief COVID-19*. Vergaderjaar 9 december 2020, nr. 1792353-215138-PDC19.
- ⁵ Outbreak Management Team (OMT). Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu. *COVID-19: Welke (groepen) personen kunnen met welke test(en) worden getest*. 21 december 2020; 92e en 93e OMT.
- ⁶ Outbreak Management Team (OMT). Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu. *Advies antigeen(snel)testen*. 27 november 2020; 89e OMT.
- ⁷ Outbreak Management Team (OMT). Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu. *Advies antigeen(snel)testen*. 23 november 2020; 88e OMT.
- ⁸ Engberts D, Ende van de T, Kalkman-Bogerd L, Linders J. *Europees Verdrag tot de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden*. Tekst & Commentaar Gezondheidsrecht: 2019.
- ⁹ Hendriks AC. *Gezondheidszorg en Europees recht (preadvies): De betekenis van het EVRM voor het gezondheidsrecht*. Den Haag: Sdu uitgevers; 2009.
- ¹⁰ Kamerstukken 35 526. Den Haag: Tweede Kamer der Staten-Generaal. Vergaderjaar 2019/2020, nr. 3/4.
- ¹¹ Kamerstukken 35 596. Den Haag: Tweede Kamer der Staten-Generaal. Vergaderjaar 2020/2021, nr. 4.
- ¹² Rb. Den Haag (vzr.) 31 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:13643; Zie ook Rb. Den Haag (vzr.), 8 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:63. Hierin valt de beoordeling anders uit.
- ¹³ Beauchamp T, Childress J. *Principles of Biomedical Ethics*. New York: Oxford University Press Inc; 2012.
- ¹⁴ Persad G, Emanuel EJ. *The Ethics of COVID-19 Immunity-Based Licenses ("Immunity Passports")*. JAMA 2020; 323(22): 2241-2242.
- ¹⁵ Brown RCH, Savulescu J, Williams B, Wilkinson D. *Passport to freedom? Immunity passports for COVID-19*. J Med Ethics 2020; 46(10): 652-659.
- ¹⁶ Brown RCH, Kelly D, Wilkinson D, Savulescu J. *The scientific and ethical feasibility of immunity passports*. Lancet Infect Dis 2020.
- ¹⁷ Phelan AL. *COVID-19 immunity passports and vaccination certificates: scientific, equitable, and legal challenges*. Lancet 2020; 395(10237): 1595-1598.
- ¹⁸ Baylis F, Kofler N. *A public health ethic should inform policies on COVID-19 immunity passports*. Lancet Infect Dis 2020.



- ¹⁹ Kofler N, Baylis F. *Ten reasons why immunity passports are a bad idea*. Nature 2020; 581(7809): 379-381.
- ²⁰ de Miguel Beriain I, Rueda J. *Immunity passports, fundamental rights and public health hazards: a reply to Brown et al*. J Med Ethics 2020; 46(10): 660-661.
- ²¹ Kass NE. *An ethics framework for public health*. Am J Public Health 2001; 91(11): 1776-1782.
- ²² Marckmann G, Schmidt H, Sofaer N, Strech D. *Putting public health ethics into practice: a systematic framework*. Front Public Health 2015; 3: 23.



Commissie en geraadpleegd deskundigen

Samenstelling vaste Commissie Ethiek en recht voor het advies

Testbewijzen voor SARS-CoV-2: ethische en juridische voorwaarden:

- prof. dr. M.H.N. Schermer, arts niet-praktiserend, hoogleraar filosofie van de geneeskunde, Erasmus MC, Rotterdam, *voorzitter*
- mr. A.C. de Die, advocaat, Veriink & De Die advocaten, Amsterdam, *vicevoorzitter*
- prof. dr. T.A. Boer, hoogleraar ethiek van de gezondheidszorg, Protestantse Theologische Universiteit Groningen
- mr. dr. M.C. Ploem, universitair hoofddocent gezondheidsrecht, Amsterdam UMC
- mr. drs. J.J. Rijken, advocaat, AKD advocaten & notarissen, Amsterdam
- dr. G.J.M.W. van Thiel, universitair hoofddocent medische ethiek, UMC Utrecht
- prof. mr. dr. B.C.A. Toebes, hoogleraar, Rosalind Franklin Fellow - Internationaal Gezondheidsrecht, Rijksuniversiteit Groningen
- prof. dr. mr. A.A.E. Verhagen, kinderarts, hoofd afdeling Kindergeneeskunde, UMC Groningen en hoogleraar algemene kindergeneeskunde, i.h.b. palliatieve zorg voor kinderen, Universiteit Groningen
- prof. dr. M.C. de Vries, hoogleraar Normatieve aspecten van de geneeskunde, LUMC, Leiden

Incidenteel geraadpleegd deskundigen:^a

- prof. dr. C. Schultsz, hoogleraar global health, arts-microbioloog, Amsterdam UMC
- dr. C. Reusken, hoofd-viroloog, RIVM

^a Geraadpleegd deskundigen en geïnterviewde experts worden door de commissie geraadpleegd vanwege hun deskundigheid. Zij dragen geen verantwoordelijkheid voor de inhoud van het advies van de commissie.

Geïnterviewde experts:^a

- prof. mr. J.C.J. Dute, emeritus hoogleraar gezondheidsrecht, Radboud Universiteit Nijmegen
- prof. mr. A.C. Hendriks, hoogleraar gezondheidsrecht, Universiteit Leiden
- prof. W.J.M. Voermans, hoogleraar staats- en bestuursrecht, Universiteit Leiden
- prof. dr. G.A. den Hartogh, emeritus hoogleraar medische ethiek, Universiteit van Amsterdam
- prof. dr. M.F. Verweij, hoogleraar filosofie, Wageningen University & Research
- prof. dr. D.L. Willems, hoogleraar medische ethiek, Amsterdam UMC

Waarnemers:

- drs. S. Koerhuis, VWS, Den Haag
- dr. A.J. Struijs, VWS, Den Haag

Secretarissen:

- mr. dr. R.E. van Hellemond, Gezondheidsraad, Den Haag
- dr. S. Kalkman, Gezondheidsraad, Den Haag



De Gezondheidsraad, ingesteld in 1902, is een adviesorgaan met als taak de regering en het parlement 'voor te lichten over de stand der wetenschap ten aanzien van vraagstukken op het gebied van de volksgezondheid en het gezondheids(zorg)onderzoek' (art. 22 Gezondheidswet).

De Gezondheidsraad ontvangt de meeste adviesvragen van de bewindslieden van Volksgezondheid, Welzijn en Sport; Infrastructuur en Waterstaat; Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit. De raad kan ook op eigen initiatief adviezen uitbrengen, en ontwikkelingen of trends signaleren die van belang zijn voor het overheidsbeleid.

De adviezen van de Gezondheidsraad zijn openbaar en worden als regel opgesteld door multidisciplinaire commissies van – op persoonlijke titel benoemde – Nederlandse en soms buitenlandse deskundigen.

U kunt dit document downloaden van www.gezondheidsraad.nl.

Deze publicatie kan als volgt worden aangehaald:
Gezondheidsraad. Testbewijzen voor SARS-CoV-2: ethische en juridische voorwaarden.
Den Haag: Gezondheidsraad, 2021; publicatienr. 2021/02.

Auteursrecht voorbehouden

