

**Aandachtspunten bij de Tijdelijke wet
uitbreiding coronatoegangsbewijzen**

Spoedadvies

15 november 2021

1. Spoedadvisering op verzoek

Het College voor de Rechten van de Mens (hierna: het College) adviseert op verzoek van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS), de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW), de Minister van Justitie en Veiligheid (J&V) en de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) over het voorstel tot Wijziging van de Wet publieke gezondheid in verband met uitbreiding van de tijdelijke regels over de inzet van coronatoegangsbewijzen ten aanzien van personen die arbeid verrichten en bezoekers (Tijdelijke wet uitbreiding coronatoegangsbewijzen). De tekst van het wetsvoorstel en de daarbij behorende toelichting werden door het College op 12 november 2021 ontvangen.

Het wetsvoorstel is er, in aansluiting op regelgeving die een coronatoegangsbewijs (CTB) als toegangs- of deelnamevoorwaarde stelt voor de (CTB-plichtige) terreinen cultuur, evenementen, georganiseerde jeugdactiviteiten, horeca en sport, en ook in voorbereiding zijnde wetgeving die deze mogelijkheid uitbreidt naar niet-essentiële detailhandel en niet-essentiële dienstverlening, op gericht drie aanvullingen te doen:

- a) bij CTB-plichtige terreinen eenzelfde verplichting op werknemers of andere personen die arbeid verrichten in te voeren als al geldt voor klanten en bezoekers;
- b) werkgevers op andere terreinen (waaronder bv. in een verpleeghuis, cockpit, penitentiare inrichting of distributiecentrum) de mogelijkheid te geven om een CTB als voorwaarde te stellen voor werknemers of andere personen die arbeid verrichten om daar werkzaamheden te mogen verrichten; en
- c) een beheerder van een locatie op zo'n ander terrein de mogelijkheid te geven om een CTB als toegangsvoorwaarde te stellen voor bezoekers.

De noodzaak voor deze aanvullende maatregelen wordt met verschillende argumenten onderbouwd. Allereerst vindt 9% van besmettingen juist van, naar en op de werkvloer plaats. Ten tweede wordt het als inconsequent en onwenselijk gezien dat er nog sectoren zijn waar bezoekers wel, maar werknemers niet, een CTB hoeven laten zien. Tenslotte worden deze aanvullende maatregelen gepresenteerd als een meer toegesneden interventiemethode, en daarmee een manier om in te spelen op het teruglopende draagvlak in de samenleving voor en de zwaarte van generieke beperkende maatregelen (zoals volledige sluiting van bepaalde sectoren).

Deze maatregelen zullen in samenhang komen te werken met wetgeving die gebruik van het CTB onder voorwaarden in de onderwijssector mogelijk maakt, alsook wetgeving met betrekking tot beperking van de mogelijkheden om een CTB te kunnen tonen (enkel personen die een vaccinatiebewijs of een herstelbewijs hebben (2G), en niet ook mensen die een testbewijs hebben (3G)). Deze voorstellen heeft het College nog niet ontvangen. Het zal daarover na ontvangst apart adviseren. Het College hecht er echter aan te benadrukken dat de verschillende al bestaande en nu voorgestelde wettelijke maatregelen op elkaar inhaken en in de praktijk nauw verband met elkaar hebben. Daarmee kunnen zij ook juist in hun samenhang aanvullende grondrechtelijke vragen opwerpen. Het College behoudt zich daarom het recht voor aanvullend te adviseren indien hij daartoe aanleiding ziet.

In deze reactie, die voortbouwt op twee eerdere wetgevingsadviezen waarmee dit advies dus in combinatie moet worden gelezen¹, behandelt het College de volgende onderwerpen. Het wijst er allereerst op dat meer mensenrechtelijke en grondrechtelijke bronnen, en meer grondrechten een rol (moeten) spelen in de afwegingen dan nu nog het geval is (para. 2).

¹ College voor de Rechten van de Mens, Spoedadvies: Aandachtspunten bij het voorstel voor een Tijdelijke wet maatregelen covid-19, 3 juni 2020, op: <https://mensenrechten.nl/nl/publicatie/5ed908751e0fec037359c284> en College voor de Rechten van de Mens, Spoedadvies: Aandachtspunten bij de Tijdelijke wet testbewijzen covid-19, 15 maart 2021, op: <https://mensenrechten.nl/nl/publicatie/604f8d121e0fec037359c9c1>

Ten tweede wijst het College op implicaties van de mogelijkheid voor een werkgever om een CTB te gaan eisen voor (inroeping van) enkele specifieke grondrechten, met name gelijke behandeling, het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het recht op informatie, voorlichting en raadpleging van werknemers binnen de onderneming alsmede het recht op collectieve onderhandelingen (para. 3). Ten derde wijst het College op mogelijke grondrechtelijke vraagstukken die de kennelijk voorziene parallelle toepasselijkheid van 3G en 2G-maatregelen kan hebben (para 4). Het College wijst tenslotte op het grote grondrechtelijke belang van de (bestaande) uitsluiting van de testverplichting voor personen die vanwege een beperking of een ziekte geen test kunnen ondergaan of als gevolg van een test ernstig ontregeld raken (para. 5).

De belangrijkste bevindingen van het College op een rij:

1. Het gaat hier om zeer vergaande inperkingen op verschillende rechten en vrijheden van werknemers en bezoekers. De tijdelijkheid van deze maatregelen, en strikte en voortdurende controle op de noodzaak vanuit het perspectief van bestrijding van de COVID-pandemie, is van zeer groot belang.

2. Het is belangrijk om de mensenrechtelijke bronnen waaraan wordt getoetst uit te breiden, met name met het EU-Handvest, en de implicaties voor met name werknemersrechten en de vrijheid van ondernemerschap beter te benoemen.

3. De mogelijkheid voor werkgevers en locatiebeheerders om een CTB te eisen op niet CTB-plichtige arbeidsplekken en locaties raakt met name aan werknemersrechten, het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en non-discriminatie. Het College adviseert een periodieke herevaluatieplicht voor werkgevers en locatiebeheerders op te nemen zodat een eventuele CTB-plicht, en de daarmee gepaard gaan inperking van de persoonlijke levenssfeer, in het licht van de meest recente gegevens over de pandemie kan worden gerechtvaardigd. Verder vraagt het College aandacht voor een mogelijk grote toename van gelijkebehandelingsklachten bij het College. Dit noodzaakt verduidelijking van de Toelichting op deze punten.

4. Uit de ervaringen van het College met COVID-gerelateerde vragen en gelijkebehandelingsklachten blijkt dat aan de positie van mensen die zich niet kunnen laten testen, in het bijzonder met een beperking of een chronische ziekte, zowel in de Toelichting als in het bredere beleid en voorlichting daarover veel meer aandacht moet worden besteed.

5. De samenhang van deze voorstellen, die uitgaan van 3G, met 2G maatregelen moet worden verhelderd, mede omdat anders het kerndoel van het kabinet - garanderen van draagvlak voor meer toegespitste in plaats van generieke maatregelen - moeilijker zal kunnen worden bereikt.

2. Toepasselijke mensenrechtelijke bronnen en reikwijdte van mensenrechtelijke en grondrechtelijke implicaties

De Memorie van Toelichting spitst zich toe qua toetsing aan bindend hoger recht toe op de Grondwet en Raad van Europa verdragen (het Verdrag tot bescherming van de rechten de mens en de fundamentele vrijheden, hierna: EVRM en Europees Sociaal Handvest). Het College wijst erop dat voor toetsing ook andere internationale bronnen zeer relevant zijn, in het bijzonder het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten

(IVBPR), het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) en het Verdrag inzake de Rechten van Personen met een Handicap (Verdrag Handicap).

Het College wijst er in dit verband in het bijzonder op dat het nader reguleren van coronatoegangsbewijzen met betrekking tot inmiddels CTB-plichtige en andere sectoren ook grensoverschrijdende aspecten kan hebben waarmee deze problematiek binnen de reikwijdte van EU-recht kan komen te vallen. Een werkgever of werknemer die door deze regels wordt geraakt kan een niet-Nederlandse EU-burger zijn. Hetzelfde geldt voor een bezoeker die op een door dit wetsvoorstel geraakt terrein om een CTB wordt gevraagd. Dat maakt het noodzakelijk ook aan het EU Handvest voor de Grondrechten te toetsen. Het College adviseert de Memorie van Toelichting daarmee langs die lijnen aan te vullen.

Daarnaast wordt in de Toelichting de inhoudelijke toetsing beperkt tot het recht op lichamelijke integriteit, het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, het recht op gelijke behandeling en het eigendomsrecht. Ook andere grondrechten en mensenrechten, die nog niet worden genoemd, spelen echter een rol. Artikel 58ra, lid 9, onder b, noemt het vereiste dat een ondernemingsraad voorafgaand moet instemmen als een werkgever gebruik wil maken van de mogelijkheid om een CTB te gaan gebruiken. De toelichting behandelt echter niet Artikel 11 EVRM en Artikelen 27 en 28 EU-Handvest (o.a. recht op raadpleging van de werknemers binnen de onderneming en recht op collectieve onderhandeling en collectie actie), die verschillende aspecten van de rechten van werknemers neerleggen. Ook het recht op werk (o.a. Artikel 15(2) EU-Handvest) wordt niet in de overwegingen betrokken.

Een ander voorbeeld van een grondrecht waaraan toetsing op dit moment nog ontbreekt is Artikel 16 EU-Handvest, de vrijheid van ondernemerschap. Dat is een EU-specifiek grondrecht, dat op onderdelen specifiek is dan het recht op eigendom, dat wel uitgebreid wordt behandeld in de toelichting (p. 10) en dat o.a. ook in artikel 17 EU-Handvest staat. De vrijheid van ondernemerschap is hier van belang omdat het Hof van Justitie juist dit recht heeft aangegrepen om een werkgever in sommige omstandigheden de vrijheid te laten zelf een balans te vinden tussen verschillende, zelfs grondrechtelijke belangen als dat bedoeld is om sociale conflicten te voorkomen.²

Het College adviseert de onderbouwing in de Toelichting langs deze lijnen te completeren.

3. Mogelijkheid werkgever om een CTB te eisen in het licht van werknemersrechten, het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en gelijke behandeling

Overeenkomstig het voorgestelde artikel 58ra lid 9 kan een werkgever op andere terreinen dan (de al CTB-plichtige terreinen van) cultuur, evenementen, georganiseerde jeugdactiviteiten, horeca, sport en onderwijs verlangen van werknemers dat zij een CTB laten zien als toegangsvoorwaarde voor de arbeidsplaats of gedeelten daarvan. Overeenkomstig het voorgestelde artikel 58ra lid 11 kan een locatiebeheerder ten aanzien van bezoekers van publieke en besloten plaatsen op niet CTB-plichtige locaties ook het tonen van een CTB als toegangsvoorwaarde voor bezoekers invoeren. Het College maakt daarbij drie opmerkingen.

² Voor een recent voorbeeld, zie: Hof van Justitie, Zaken C-804/18 en C-341/19, IX tegen WABE eV en MH Müller Handels GmbH tegen MJ, 15 juli 2021, en de toelichting die het Hof van Justitie en het College voor de Rechten van de Mens hierop gaven, respectievelijk op: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-07/cp210128nl.pdf> en op: <https://mensenrechten.nl/nl/toegelicht/europese-hof-stelt-strengere-eisen-aan-hoofddoekverbod-op-werkvloer>

Allereerst is het vanuit grondrechtelijk perspectief zeer belangrijk de tijdelijkheid van deze maatregelen te benadrukken. Dit wordt gegarandeerd door het feit dat het betreffende hoofdstuk van de Wet Publieke Gezondheid iedere drie maanden opnieuw moet worden verlengd, waar de Raad van State toetst of alle maatregelen nog nodig en relevant zijn. Deze waarborg is gezien de zeer vergaande inperking essentieel, en moet volgens het College zeer serieus worden genomen. Daarnaast is van belang dat, overeenkomstig artikel 58ra lid 9 onder voorwaarde a (en artikel 58ra lid 11), een zorgvuldige afweging en rechtvaardiging van de werkgever en locatiebeheerder noodzakelijk zijn waarom het doel niet op een minder ingrijpende manier kan worden bereikt en dat er ruimte is om de eis van een CTB te stellen voor slechts een deel van de arbeidsplaats. Dit biedt veel mogelijkheden tot maatwerk die disproportioneel gebruik van deze eis kunnen voorkomen. Daar staat tegenover dat deze mogelijkheden voor differentiatie op arbeidsplaatsen of locaties ten koste kunnen gaan van de duidelijkheid en handhaafbaarheid van de maatregel. Bovendien plaatst de mogelijkheid die dit wetsvoorstel creëert voor werkgevers en locatiebeheerders om een CTB-eis te stellen deze actoren voor gecompliceerde afwegingen die raken aan de lichamelijke integriteit van hun werknemers of bezoekers. Daarnaast zullen in de uitvoeringspraktijk bij die werkgevers en locatiebeheerders afwegingen moeten worden gemaakt omtrent de mogelijke indirecte discriminatie op grond van godsdienst en handicap of chronische ziekte die voort kan vloeien uit het hanteren van een CTB-eis. Het is de vraag in hoeverre werkgevers en locatiebeheerders voldoende geëquipeerd zullen zijn om die afweging zorgvuldig te maken. De procedurele voorwaarden die dit wetsvoorstel schetst, zoals instemming door de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging, kunnen bijdragen aan een goede belangenafweging, maar bieden geen garantie op zorgvuldigheid.

Ten tweede is het volgens het College belangrijk de tijdelijkheid van de inperking van het recht op lichamelijke integriteit en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, waaronder het recht op privacy, van de werknemer en bezoeker, zoals verankerd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, artikel 8 EVRM en artikelen 7 en 8 EU-Handvest, met extra nadruk te garanderen. Als een werkgever of locatiebeheerder zou overgaan tot het verplichten van een CTB voor toegang tot een arbeidsplek of locatie, zou die verplichting niet automatisch synchroon moeten lopen met de resterende geldigheidsperiode van dit hoofdstuk van de Wet Publieke Gezondheid. In plaats daarvan zou de werkgever of locatiebeheerder periodiek, bijvoorbeeld elke twee weken, de noodzaak opnieuw moeten aantonen in het licht van de ontwikkeling van de pandemie. Het College beveelt aan een dergelijke periodieke motivatieplicht aan deze wettelijke mogelijkheid toe te voegen.

De facultatieve mogelijkheid tot het hanteren van een CTB-eis, en dat is de derde opmerking, heeft echter wel enkele grondrechtelijke implicaties die nog niet in de Toelichting worden genoemd. Deze zullen achtereenvolgens worden besproken.

Voorafgaande instemming door de ondernemingsraad, zoals voorzien in artikel 58ra lid 9 onder voorwaarde b, is niet enkel een procedurele voorwaarde, maar heeft als zodanig een grondrechtelijke dimensie. Zoals in de vorige paragraaf verduidelijkt, is dit aspect een vertaling van het grondrecht op raadpleging van de werknemers binnen de onderneming en het grondrecht op collectieve onderhandeling en collectie actie. Dat betekent dat om dit grondrecht een zinvol effect te geven, er dus ook een vrije en reële mogelijkheid moet zijn voor werknemers om, via de geëigende methoden en kanalen, *niet* in te stemmen mocht hun werkgever voorstellen een CTB-plicht in te voeren. Het College wijst tevens op de uitzondering op de instemmingsplicht door de ondernemingsraad voor bedrijven met minder dan 50 werknemers. Het zou goed zijn ook deze bedrijven aan te sporen om de instemming van het personeel te organiseren, bijvoorbeeld door het instellen van ad hoc personeelsvertegenwoordiging.

Een ander punt raakt meer direct aan de werkzaamheden van het College zelf. Als een werkgever zou besluiten een CTB-plicht in te voeren voor werknemers met betrekking tot (een deel van) de arbeidsplaats, of een beheerder een dergelijke plicht met betrekking tot bezoekers van een locatie, dan kan een dergelijk besluit door het College of de rechter worden getoetst aan gelijkebehandelingswetgeving. De wet creëert namelijk alleen een ingekaderde mogelijkheid voor een werkgever of locatiebeheerder om een CTB te eisen, maar verplicht de werkgever of locatiebeheerder daar niet toe. Zij kunnen zich dus niet 'verschuilen' achter een wettelijke plicht zoals die geldt voor CTB-plichtige terreinen en sectoren, maar moeten zelf een zorgvuldige afweging maken. Het College benadrukt dat deze afweging transparant en onderbouwd moet worden gemaakt en dat werknemers tijdig en goed moeten worden geïnformeerd, waarbij rekening moet worden gehouden met bijvoorbeeld laaggeletterde werknemers, werknemers met beperkte kennis van de Nederlandse taal en werknemers met diverse beperkingen.

Mochten werknemers van of bezoekers aan niet CTB-plichtige arbeidsplaatsen of locaties klagen over een dergelijke CTB-plicht op grond van gelijkebehandelingswetgeving, zullen daarbij vermoedelijk de gronden godsdienst en handicap/chronische ziekte in beeld komen. Dat vermoeden baseert het College op zeer grote aantallen vragen die het recentelijk binnenkreeg. Die grote aantallen kunnen ook doen vermoeden dat binnen korte tijd een zeer aanzienlijk aantal verzoeken om een oordeel bij het College kunnen worden verwacht tegen werkgevers en locatiebeheerders van niet-CTB-plichtige locaties en terreinen die uit eigen beweging een CTB gaan eisen.

Het College adviseert deze drie grondrechtelijke implicaties van de mogelijkheid die werkgevers en locatiebeheerders hebben ten opzichte van respectievelijk hun werknemers en hun bezoekers in de Toelichting te expliciteren en uit te werken.

4. Implicaties van de kennelijk voorziene parallelle toepasselijkheid van 3G en 2G

Het huidige voorstel geeft consistent blijk (zie o.a. pp. 2, 3, en 7 van de Toelichting) van een intentie om werkgevers en locatiebeheerders de mogelijkheid te geven om voor een beperkte periode een op 3G gebaseerde CTB-plicht in te voeren. Mocht de gezondheidssituatie zo verslechteren dat deze ingekaderde vrijwilligheid niet voldoende soelaas biedt, kan de wetgever overeenkomstig artikel 58ra, leden 8 en 10, zelf een verplichting op de betrokken terreinen invoeren. Het College benadrukt dat ook hier de tijdelijkheid van groot belang zal zijn om de proportionaliteit van de maatregelen te kunnen onderbouwen. Ook in dat geval lijkt de Toelichting ervan uit te gaan dat een CTB dan kan worden gebaseerd op 3Gs: gevaccineerd, genezen of getest.

De Toelichting bevat (nog) geen aanwijzingen of een of meerdere van deze mogelijkheden nog zullen worden aangepast in het licht van een aangekondigde 2G-beleid, dan wel of er een vorm van parallelle toepasselijkheid van 3G en 2G zal ontstaan, bijvoorbeeld afhankelijk van de locatie/sector (d.w.z. of er een onderscheid blijft tussen wat nu al CTB-plichtige sectoren zijn, en de sectoren waar nu geen CTB-plicht van toepassing is en waar dit voorstel van toepassing op is). Dat laatste zou dan tot gevolg hebben dat mensen die zich niet willen of kunnen laten vaccineren, maar zich wel kunnen of willen laten testen, tot sommige plekken wel en tot andere plekken geen toegang (meer) zouden hebben. (Er bestaat ook een groep mensen die zich niet kan laten testen op grond van een beperking of een ziekte of ernstige ontregeling bij testen. Hierop zal in de volgende sectie nog worden ingegaan)

Als het inderdaad de bedoeling is om andere mogelijkheden te creëren op wat nu als niet-CTB-plichtige locaties en sectoren van toepassing is, dan op de werkvloer en op de zogenaamde "andere" locaties, zal het wel noodzakelijk zijn goed te onderbouwen wat een

dergelijke verschillende aanpak zou rechtvaardigen. Meer specifiek wijst het College er nogmaals op dat - los van de vraag waar en wanneer 3G of 2G van toepassing zullen zijn - het bijzonder belangrijk is dat testen toegankelijk is en gratis blijft. Anders zijn er verschillende discriminatoire neveneffecten te voorzien, voornamelijk voor minderbemiddelden, maar ook voor mensen met bepaalde beperkingen.³ Tenslotte permitteert het College zich in dit verband de bespiegeling dat als de doelstelling is het creëren van (meer) draagvlak voor maatregelen, juist voorspelbaarheid en eenduidigheid een belangrijke rol zouden kunnen spelen.

5. Grondrechtelijk belang uitsluiting van testverplichting voor personen die vanwege een beperking/ziekte geen test kunnen ondergaan

Het wetsvoorstel voorziet in aanpassing van het huidige artikel 58ra, lid 9. Dat artikel bevat de volgende passage:

Regels als bedoeld in het eerste lid gelden niet voor personen die vanwege een beperking of een ziekte geen test kunnen ondergaan of als gevolg van een test ernstig ontregeld raken. Bij ministeriële regeling worden nadere regels gesteld over de toepassing van de eerste volzin, in ieder geval met betrekking tot de vaststelling dat een persoon vanwege een beperking of ziekte geen test kan worden afgenomen en met betrekking tot de deelname aan of toegang tot activiteiten of voorzieningen voor deze personen.

De aanpassing ziet erop “lid” te vervangen door “artikel”. Dat betekent dat deze uitzondering op testen niet alleen voor CTB-plichtige locaties en sectoren gaat gelden, maar ook op “andere locaties” (waar het huidige wetsvoorstel op ziet) en op de in lid 3 genoemde onderwijssector (waar een ander wetsvoorstel e.e.a. nog zal regelen).

Het artikelsgewijze commentaar in de Toelichting (p. 24) bespreekt deze wijziging niet. Het College adviseert de regering dat wel te doen. Allereerst omdat de reikwijdte van het artikel aanzienlijk wordt uitgebreid. Maar ook vanwege het grote praktische belang van deze uitzondering, voornamelijk voor mensen met een chronische ziekte of handicap. Dat belang blijkt o.a. uit het zeer grote aantal vragen dat het College dagelijks ontvangt op dit terrein en de verschillende oordelen die het College inmiddels heeft gegeven over de mondkapjesplicht. Uit die meldingen bij en oordelen van het College blijkt dat onduidelijkheden en conflictsituaties in het bijzonder ontstaan rondom het leveren van bewijs van een handicap of chronische ziekte die in de weg zou staan aan het dragen van een mondkapje en de manier waarop controle hierop moet worden vormgegeven. Het College verwacht dat vergelijkbare problemen zich zullen gaan voordoen rondom mensen die claimen dat zij vanwege een handicap of chronische ziekte geen vaccinatie of PCR-test kunnen ondergaan.

Meer algemeen adviseert het College het kabinet zowel in communicatie als beleid meer aandacht te besteden aan de positie van mensen met een beperking. Zij worden onevenredig geraakt door maatregelen ter inperking van de pandemie, en kunnen niet altijd op begrip rekenen van zowel publieke autoriteiten als medeburgers waar het gaat om de specifieke behoeften die zij hebben. Ook moet informatie over deze maatregelen goed toegankelijk

³ Zie College voor de Rechten van de Mens, Spoedadvies: Aandachtspunten bij de Tijdelijke wet testbewijzen covid-19, 15 maart 2021, sectie 5 (voorkomen discriminatoire neveneffecten in zet testbewijzen), op: <https://mensenrechten.nl/nl/publicatie/604f8d121e0fec037359c9c1>

zijn. Het VN-verdrag handicap vergt actieve betrokkenheid en participatie van deze groep bij ontwikkeling van beleid en regelgeving die rechtstreeks raakt aan hun positie in de samenleving. Hoewel het College begrip heeft voor de spoed waarmee dit wetsvoorstel moest worden voorbereid, mist het College aandacht voor dit specifieke aspect in de voorbereiding van dit wetsvoorstel.

Enkele technische punten

Op p. 24, derde alinea (artikelsgewijs commentaar) wordt verwezen naar “twaalfde lid (nieuw)”. Dit moet zijn dertiende lid (nieuw).