

Publieksconsultatie Tijdelijke Wet Testbewijzen COVID-19
Opengesteld 8 maart - 15 maart 2021

Bijdrage door Van Londen Advocatuur (VLA) in het kader van mogelijkheid tot verplichting van 1 tot 2 maal testen per week van studenten in mbo & ho voor het **bijwonen van fysiek onderwijs**.

Datum 15 maart 2021

Gezien de korte periode voor reflectie, zijn de punten hieronder staccato stijl, vanuit juridisch perspectief 8 EVRM en AVG.

A. Het Voorstel

1. Uitgangspunt in het voorstel is:

‘Het verplichten van een testbewijs raakt grondrechten, waaronder het recht op lichamelijke integriteit en het recht op privacy. Voor een beperking van deze rechten door de overheid is een wettelijke basis vereist.’

2. De algemene voorwaarden die gelden voor het beleid (vetgedrukt VLA):

Die voorwaarden zijn:

- a. testbewijzen moeten noodzakelijk en effectief zijn om de samenleving te heropenen en tegelijkertijd virusverspreiding terug te dringen;*
- b. testbewijzen moeten de minst ingrijpende maatregel zijn om de doelstelling te bereiken;*
- c. 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;*
- d. potentiële schadelijke effecten van de maatregel moeten worden geminimaliseerd;*
- e. iedereen moet gelijke (financiële) toegang hebben tot testmogelijkheden en testbewijzen;*
- f. het beleid mag niet tot discriminatie leiden;*
- g. er moet zorgvuldig en in overeenstemming met privacywetgeving worden omgegaan met de (bijzondere) persoonsgegevens van de houder van het testbewijs;*
- h. het beleid moet vanaf het begin periodiek worden gemonitord en geëvalueerd;*
- i. het beleid moet helder en begrijpelijk worden uitgelegd aan de bevolking.*

3. Inzet is dat:

'... kan het middelbaar beroepsonderwijs (mbo) en het hoger onderwijs (ho) bij algemene maatregel van bestuur worden aangewezen om er met behulp van testbewijzen voor te zorgen dat aan meer studenten meer fysiek onderwijs gegeven kan worden.'

4. Omstandigheden waarin de bestuursmaatregel van worden genomen:

'De inzet van testbewijzen voor onderwijsvoorzieningen is bovendien pas aan de orde wanneer gebleken is dat andere maatregelen een onaanvaardbaar tekort aan fysiek onderwijs niet kunnen wegnemen en indien onderwijsinstellingen ervoor zorg dragen dat hun studenten zich kunnen laten testen en zich ervoor inspannen de toegankelijkheid van het onderwijs te waarborgen voor studenten zonder testbewijs.'

5. Er is een meetlat ingebouwd (vetgedrukt VLA):

*'Er zal geen gebruik gemaakt worden van de grondslag mbo en ho aan te wijzen indien door omstandigheden, zoals een verbeterde epidemiologische situatie en versoepelingen van de maatregelen, aanzienlijke opschaling van fysieke onderwijs ook mogelijk is zonder een verplicht testbewijs in te voeren. Hieronder wordt verstaan een **significante toename ten opzichte van de situatie waarin gemiddeld slechts een derde van het onderwijs fysiek kan worden verzorgd.***

6. Deur wordt opengezet naar inzet van vormen van digitale surveillance van fysieke ruimte (vetgedrukt VLA):

*'Gekeken wordt of **via technologie**, de inzet van crowd control, en het creëren van 'bubbels' meer capaciteit voor fysiek onderwijs kan worden gegenereerd.'*

7. Onderwijs personeel is uitgezonderd:

'Zoals voor niet-essentiële sectoren voor medewerkers een testbewijs niet voorgeschreven zal worden, zal een testbewijs ook niet verlangd worden van onderwijspersoneel.'

8. Uitsluiting van studenten die niet kunnen of willen testen is voorzien:

'... zal de onderwijsinstelling zich moeten inspannen om de toegankelijkheid van het onderwijs voor een student die geen testbewijs kan of wil tonen, te waarborgen.'

B. Reactie VLA

9. Het eisen van testbewijzen sluit al diegenen die uit die niet kunnen of willen testen. Niet testen kan bijvoorbeeld om fysieke, medische, religieuze reden of vanwege (politieke) opinie zijn. Daarmee is het voorstel om studenten te verplichten te testen discriminerend. Het voldoet daarmee niet aan de

overkoepelende eis dat het beleid niet discriminerend mag zijn. Art 14 EVRM is hieronder weergegeven.

10. Art 8 EVRM (hieronder weergegeven) geeft geen muizengaatje voor dit voorstel: het doel, namelijk fysiek onderwijs voor ruim meer dan 1/3 van de studenten, valt niet in de exceptie

‘...necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the right and freedoms of others.’

11. De inspanningsverplichting om alternatief fysiek onderwijs te verzorgen (op anderhalve meter afstand) voor de niet-geteste studenten heft het discriminerend effect niet op. Degenen die om religieuze of fysieke gesteldheid geen testbewijs hebben, zullen bij elkaar worden gezet om op alternatieve manier les te krijgen. Zij zijn daar duidelijk uitgezonderd te herkennen, voor elkaar en het onderwijspersoneel bijvoorbeeld.
12. Het voorgestelde middel van een testbewijs in mbo en ho is niet van korte duur en het 2x per week testen is disproportioneel belastend voor studenten:
- Vaccinatie is een weg naar het verkrijgen van een testbewijs. De meeste studenten zijn nog lang niet aan de beurt.
 - Bovendien, vaccinatieplicht stuit op art 8 EVRM
 - De hoge eis van ruim meer dan 1/3 van fysiek onderwijs is onvoldoende precies, waardoor basiscursussen met duizenden studenten de duur van de maatregel negatief beïnvloeden
13. Het voorgestelde middel onderwerpt studenten aan nog meer opgelegde digitale controle en inbreuken op hun privacy. Dit komt bovenop online tentaminering in combinatie met online surveillance, waarbij hun gedrag voor de hele tijd van het tentamineren wordt opgenomen, bewaard en gecontroleerd. Het voorgestelde zal bij veel studenten tot nog meer emotionele spanningen leiden.
14. Het verleggen van verantwoordelijkheid van implementatie van de techniek en het beleid eromheen naar de instellingen lijkt mede door de tijdsdruk onverantwoord, gezien er een ernstig gevaar is dat de rechten van student te weinig worden gerespecteerd. Instellingen hebben in het voorstel kennelijk poortjes waar de app wordt gescanned. Waar wordt de data voor gebruikt en wordt die opgeslagen? Hoe worden de gegevens beveiligd etc? Een uitgebreide DPIA is vereist. Implementatie duurt maanden en het is ook daarom niet praktisch uitvoerbaar in de relevante tijdsperiode.
15. Het voorstel om daar bovenop technische middelen in te zetten voor surveillance bij fysieke onderwijsmomenten om bubbles te maken leidt tot nog meer controle. Studenten worden digitaal gevolgd om ervoor te zorgen dat ze in hun bubble

blijven. Ook dat druist in tegen art 8 EVRM. Vraag: wordt daarbij de opgehaalde informatie uit de scanning poortjes gebruikt?

16. De betrokken instellingen hebben de techniek niet in huis, die het crowd control voorstel zou moeten realiseren. Die moeten gaan onderzoeken of het aanbod voldoende betrouwbaar en veilig is. Een uitgebreide DPIA is vereist. Implementatie duurt maanden en het is ook daarom niet praktisch uitvoerbaar in de relevante tijdsperiode.
17. Resumerend, de praktische implementatie van de voorstellen neemt maanden in beslag en wordt ingehaald door andere betere methoden voor veilig fysiek lesgeven. De inbreuken die worden gemaakt op rechten, staan niet in verhouding tot de te behalen 'winst'.
18. Recente ervaringen: de betrokken instellingen hebben kennelijke aanloop problemen met het herkennen van discriminatoire aspecten van digitale oplossingen. Zo worden door het beleid rondom online proctoring groepen studenten uitgesloten van tentamens die om fysieke dan wel religieuze redenen niet voldoen aan de eisen van stilzitten, oren tonen, niet naar wc mogen. Disproportioneel veel vrouwelijke studenten zijn geschaad door het beleid, denk aan gesluierten en zwangeren.
19. De maatregelen die een enorme impact hebben op studenten hebben zouden niet mogen worden genomen, zonder hun instemming. Dat instemmingsrecht is wettelijk verankerd. Het wordt echter met een beroep op COVID-19 niet structureel gehonoreerd door instellingen, waardoor studenten controle over hun rechten verliezen. Er is een groot risico dat instellingen de testbewijzen gaan eisen zonder studenten om instemming te vragen, met een beroep op de voorgestelde wetgeving. Het voorstel holt de rechten van studenten uit.
20. Het valt op dat deze enorme inbreuken weer op de studenten terechtkomen en een soortgelijk voorstel niet ook wordt gedaan voor andere omgevingen waar mensen moeten samenkomen om van een overheidsdienst gebruik te maken of bij scholen.
21. Studenten lijden momenteel disproportioneel onder de maatregelen in concreto.
22. Ziet de wetgever dat alleen maar toenemen in de toekomst ? Opgedeeld in bubbles in een klasje waarop surveillance techniek een oogje houdt, zijn ze voorzien van een tweemaal per week geactualiseerde digitale footprint met pasje en digitale identificatie met gedragscontrole voor tentamens. Dat verhoudt zich slecht tot het EVRM.
23. Onderwijsinstellingen zullen vanuit hun taak hun beste beentje voorzetten om fysiek onderwijs mogelijk te maken, on campus en off campus. Het voorstel maakt dit niet eerder haalbaar praktisch gezien, maar zet wel de deur open naar digitale controle op de privé sfeer van studenten on campus.

Art 8 EVRM

There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

Art 14 EVRM

The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

Hoogachtend,

Sofie van Londen