

Gespreksnotitie directeurenoverleg Wetsvoorstel testbewijzen mbo en ho (23 februari 2021)

In de MCC van 19 februari is akkoord gegeven op het opstellen van een speedwetsvoorstel over testbewijzen. Eerder was de bedoeling dat vervolgens in de ACC nog apart zou worden besloten over opname van het onderdeel mbo en ho in het wetsvoorstel, maar in de MCC is besloten dat dit onderdeel zal worden uitgewerkt en opgenomen in het conceptwetsvoorstel. Het conceptwetsvoorstel wordt als geheel voorgelegd aan de MCC, in de tweede week van maart.

Opname mbo, hbo en wo in het wetsvoorstel

In de ACC van 18 februari is brede steun vastgesteld voor de wens en noodzaak tot opname van mbo en ho in het wetsvoorstel. Duidelijk is dat studenten die geen tot weinig fysiek onderwijs kunnen volgen door de crisis, in te grote getale grote negatieve gevolgen ondervinden voor gezondheid en als gevolg daarvan studievoortgang.

Er zijn echter risico's voor de onderbouwing en uitwerking, nu zeker moet zijn dat de gevolgen voor studenten zonder testbewijs, grondrechtelijk gerechtvaardigd kunnen worden. Een goede onderbouwing op dit onderdeel is daarom belangrijk.

In deze nota worden de uitgangspunten voor die onderbouwing weergegeven. Deze nota is tot stand gekomen na overleg tussen BZK, JenV, OCW en VWS.

Voorstel is op basis van deze nota te werken aan het opnemen van een grondslag in het wetsvoorstel, onder meer door het uitwerken van de (rand)voorwaarden aan het gebruik van de grondslag. Het resultaat hiervan zal als onderdeel van de bespreking van het conceptwetsvoorstel, voorgelegd worden aan de MR/MCC.

Uitgangspunten onderbouwing

Doel is te zorgen dat aan meer studenten in het mbo en ho, meer fysiek onderwijs wordt verzorgd.

Voorgesteld **middel** is het loslaten van de anderhalve meter in onderwijsactiviteiten, waarbij alle deelnemers negatief getest zijn op covid-19.

Inzet van het middel is geclausuleerd: alleen wanneer uit onder meer de pilots met sneltesten blijkt dat dit op verantwoorde manier kan en bijdraagt aan opschaling van onderwijs, en alleen wanneer voor studenten die zich niet willen/kunnen laten testen, ook het onderwijs toegankelijk blijft en er – net als nu – alternatieven fysiek op anderhalve meter of online beschikbaar blijven.

Uitwerking en zorgplicht:

- Voorstel is niet een algemene testplicht, maar mogelijk maken dat de instelling voor bepaalde onderwijsonderdelen een testbewijs verplicht zodat daar de anderhalve meter kan worden losgelaten. Onderscheid kan dan worden gemaakt tussen onderdelen waar wel, en waar niet de 1,5 meter kan worden losgelaten. Met gebruik van dezelfde fysieke ruimte als nu, kunnen zo per dag meer studenten worden ondergebracht op een instelling, zonder dat de beide groepen studenten elkaar kruisen.
- Instellingen zullen vanuit hun wettelijke zorgplicht zich blijven inspannen om zowel voor studenten met als zonder testbewijs in fysiek onderwijs te voorzien. E.e.a. uiteraard afhankelijk van de onderwijsvorm, bij een interactieve werkgroep zal dit eerder aan de orde zijn dan bij een hoorcollege dat ook online gestreamd kan worden. Ook de zorgplicht t.a.v. kwetsbare studenten blijft in geval van werken met testbewijzen, overeind.

De noodzaak

- Hoewel na het eindigen van de lockdown, fysiek onderwijs - net als tot aan december vorig jaar het geval was - in het mbo en ho zal zijn toegestaan, kan maar aan 30% van de studenten fysiek onderwijs worden verzorgd omdat met inachtneming van de 1,5 meter niet meer studenten dan dat zijn onder te brengen op de locaties van de instellingen. Deze situatie kan mogelijk nog erg lange tijd voortduren, nu er nog geen zicht op is dat de anderhalve meter-maatregel landelijk kan worden afgeschaft.
- Onderzoek laat zien dat de geestelijke gevolgen van de coronamaatregelen voor een groot deel van de studenten te groot worden. Doorvertaald naar de gehele studentenpopulatie

ervaren 30.000 á 35.000 studenten in het ho ernstige klachten door gebrek aan fysiek onderwijs.

- Experts wijzen op doorwerking van deze klachten op latere leeftijd. Hoe eerder de overheid nu ruimte vindt voor opschaling, hoe meer lange termijnproblemen in de kiem kunnen worden gesmoord. Eigen onderzoek van instellingen bevestigt dit en benadrukt de extra grote impact t.a.v. studenten die buiten corona om al een ondersteuningsvraag hadden.

De subsidiariteit

- Vraag is of de ernst van het probleem en het te bereiken doel ingrijpen van de overheid rechtvaardigt en of daarbij een ander minder ingrijpend alternatief voorhanden is om hetzelfde doel te bereiken. Het antwoord op die vraag is dat dat alternatief er nu niet is.
- Ervaring is dat instellingen het maximale doen en hebben gedaan om binnen door de overheid gegeven ruimte en met inachtneming van de basismaatregelen waaronder de 1,5 meter, zoveel mogelijk fysiek onderwijs te organiseren voor zoveel mogelijk studenten.
- Sinds het begin van de coronacrisis werken instellingen met routekaarten en veiligheidsplannen waarin nauwkeurig is uitgewerkt hoe een instelling door middel van o.a. gebruik van alternatieve locaties, spreiding van onderwijs d.m.v. tijdschema's, en OV-afspraken tussen OCW en IenW, ervoor zorgt dat zoveel mogelijk onderwijs op een verantwoorde manier fysiek kan plaatsvinden.
- De grootste belemmerende factor voor opschaling in mbo en ho is de 1,5 meter-maatregel. Alleen door toe te werken naar het kunnen loslaten van die maatregel, kan op grote schaal meer fysiek onderwijs worden gerealiseerd.

De proportionaliteit

- Hoewel een testbewijs als voorwaarde voor fysiek onderwijs kan worden gezien als een indirecte inperking van een grondrecht, zit er ook een grondrechtelijk aspect aan de situatie waarin de overheid zich *niet* inspanst om fysiek onderwijs voor studenten mogelijk te maken. Veel studenten zitten noodgedwongen thuis en kunnen hun recht op onderwijs niet ten volle benutten.
- Bovendien wijst onderzoek uit dat de situatie schadelijk is voor de studievoortgang, omdat langdurig gebrek aan fysiek onderwijs leidt tot gezondheidsschade voor studenten.
- Een afweging tussen het belang van de volksgezondheid en het recht op lichamelijke integriteit leidt er in dit geval toe dat het doel om meer fysiek onderwijs mogelijk te maken ter voorkoming van verdere schade voor de volksgezondheid, een beperking van het recht op de lichamelijke integriteit kan rechtvaardigen.
- Vraag is of de feitelijke gevolgen die de maatregel kan hebben voor studenten die geen testbewijs kunnen of willen overleggen, leidt tot een onevenredige beperking. Op dit moment bestaat er geen rangorde in de wijze waarop studenten worden geselecteerd voor deelname aan fysiek onderwijs; vraag is of door de invoering van het testbewijs die rangorde er wel zal zijn en studenten zonder testbewijs door instellingen (kunnen) worden gedeprioriteerd bij de organisatie van fysiek onderwijs. Vraag is ook of een student zonder testbewijs die een recht op fysiek onderwijs zou claimen, succesvol zou zijn in een gerechtelijke procedure.
- Voorop staat dat instellingen een zorgplicht en een inspanningsplicht hebben om zoveel mogelijk fysiek onderwijs mogelijk te maken. Die plicht strekt zich uit over alle studenten, ook studenten die geen testbewijs kunnen of willen overleggen. Tegelijkertijd is het óók onderdeel van de zorgplicht van instellingen, dat dat maximale fysieke aanbod wordt gerealiseerd onder veilige omstandigheden en met zo min mogelijk risico's voor de gezondheid. Dat kan met een testbewijs.
- Om te zorgen dat het middel niet tot een onevenredige beperking leidt en proportioneel wordt ingezet, werken VWS, BZK, JenV en OCW aan nadere voorwaarden voor het gebruik van de grondslag, die recht doen aan het beginsel van gelijke toegang en de zorgplicht van de instelling om ook voor studenten zonder testbewijs zoveel mogelijk fysiek onderwijs te realiseren.
- Het loslaten van de 1,5 meter in combinatie met een verplicht testbewijs zal er per saldo toe leiden dat er op het totaal aan studenten, meer fysiek onderwijs aan meer studenten kan worden gegeven, dan in een situatie waarin de overheid *niet* ingrijpt.
- Ook bij het werken met testbewijzen zullen studenten nog online onderwijs moeten volgen.

- Uitkomsten van de pilots snelsten zullen iets zeggen over de testbereidheid van studenten. Daaruit kunnen we iets afleiden over de proportionaliteit van de maatregel. Op het moment dat een (overgrote) meerderheid van de studenten bereid blijkt zich te laten testen om meer fysiek onderwijs te kunnen volgen, is het disproportioneel die mogelijkheid aan deze meerderheid te ontfangen vanwege een kleine groep studenten die niet bereid is tot testen.
- Voor een beoordeling van de proportionaliteit van de maatregel, is ook de duur van het gebruik van de grondslag relevant. Eenmaal ingevoerd kan een verplicht testbewijs in mbo en ho lange tijd voortduren, en op den duur kan dat niet alleen voor studenten zonder, maar ook voor studenten met testbereidheid, tot een onevenredige inperking leiden.

Precedentwerking

- Voor de reikwijdte van het wetsvoorstel is als uitgangspunt geformuleerd (mede gelet op advies Gezondheidsraad) dat in essentiële diensten – zoals het onderwijs – in beginsel testbewijzen niet worden verplicht. Hier kan tegenin worden gebracht dat, juist omdat het onderwijs zo'n essentiële dienst is, ten aanzien waarvan de overheid zich zoveel als mogelijk moet inspannen de toegankelijkheid ervan te waarborgen, de maatregel wordt voorgesteld.
- De Gezondheidsraad adviseert dat het onderwijs vrij toegankelijk moet blijven. Verdragsrechtelijk wordt de vrije toegankelijkheid van het onderwijs niet geïnterpreteerd als absolute toegankelijkheid; voorwaarden kunnen worden gesteld zolang die nodig zijn gelet op een gerechtvaardigd doel.
- VWS, JenV en BZK wijzen erop dat invoering van verplichte testbewijzen in het onderwijs de vraag kan oproepen waarom dit niet ook voor andere essentiële diensten wordt besloten. In sommige andere sectoren zal immers ook behoefte kunnen zijn aan het loslaten van de anderhalve meter door een testbewijs te verplichten. Op dergelijke vragen zal in de uitwerking een antwoord geformuleerd moeten kunnen worden.
- Consequentie van de keuze om het mbo en ho als essentiële dienst op te nemen in het wetsvoorstel, kan zijn dat bij toekomstige besluitvorming over de inzet van de (beperkte) testcapaciteit, het onderwijs wordt geprioriteerd. Dit vanuit de gedachte dat de fysieke toegankelijkheid van het mbo en ho zo essentieel is dat daar de testcapaciteit eerder voor moet worden ingezet dan voor de niet-essentiële diensten. In de MCC van 19 februari jl. zijn de benodigde testcapaciteit en bijbehorende kosten voor het mbo en ho gepresenteerd.
- De Gezondheidsraad geeft aan dat de effectiviteit en proportionaliteit van testbewijzen in het onderwijs, per onderwijssector kan verschillen en vraagt om per sector in beeld te brengen in hoeverre alternatieven voor fysiek onderwijs reëel zijn. Omdat ervoor wordt gekozen voor praktijklessen, waarvoor geen fysiek alternatief beschikbaar is, niet te werken met verplichte testbewijzen, geldt dat zowel in het mbo als ho de toegang feitelijk wordt vergroot en het middel proportioneel wordt ingezet. In de toelichting bij het wetsvoorstel kan dit per sector nader worden beschreven.