

Bijlage Juridisch kader 'Testen aan de poort'.

Wkkgz

De hoofdregel is dat op het exploiteren van teststraten de Wkkgz van toepassing is. De exploitant is namelijk zorgaanbieder in de zin van die wet. In de Wkkgz is geregeld dat een zorgaanbieder 'goede zorg' (artikel 2 Wkkgz) moet leveren. Goede zorg is feitelijk alleen mogelijk als er een arts eindverantwoordelijk is. De IGJ handhaaft hierop.

In de situatie van 'testen aan de poort' door een private partij (dus niet zijnde een reguliere tester zoals de GGD), is niet meteen op voorhand duidelijk of de Wkkgz van toepassing is. Duidelijk is dat de Wkkgz niet geschreven is met de bedoeling dit soort testactiviteiten te omvatten. Daarnaast is het ook juridisch en praktisch een lastig punt of dit soort testactiviteiten door bedrijven en scholen hen tot zorgaanbieder maakt. Enerzijds kan er worden beargumenteerd dat er sprake is van een zorgaanbieder als een bedrijf of school onder verantwoordelijkheid van een (rechts)persoon testen gaat aanbieden om een besmetting met SARS-CoV-2 te onderzoeken, terwijl de eigenlijke/oorspronkelijke bedrijfsactiviteiten heel anders zijn (bijvoorbeeld het in stand houden van een school of het exploiteren van slagerij). Anderzijds kan er ook worden beargumenteerd dat uitsluitend als de eigenlijke bedrijfsactiviteiten bestaan uit het aanbieden van testen (zoals bij de commerciële teststraten het geval is) sprake is van een zorgaanbieder.

Hoe dit ook zij, het is duidelijk dat het van toepassing zijn van de Wkkgz veel voordelen heeft omdat dan automatisch allerlei zaken zijn geregeld, als veiligheids en hygiënevoorschriften rond het testen, medische beroepsgeheim en toezicht door IGJ.

Onze inschatting is dat met name het loslaten van de Wkkgz, waarmee burgers beschermende regels worden losgelaten, voer is voor juridische procedures bij de rechter.

Gevolgen als Wkkgz niet van toepassing is:

Het uitdragen van de interpretatie dat de Wkkgz niet van toepassing is op 'testen aan de poort' door private partijen heeft een aantal gevolgen, die al kort zijn benoemd in de nota. Hierbij de uitgebreidere onderbouwing daarvan.

- 1) Toezicht op de IGJ is niet meer mogelijk op de inrichting en uitvoering van het proces van testen. Als de Wkkgz niet meer van toepassing is, heeft de IGJ geen bevoegdheden om toezicht te houden en te handhaven als er bijvoorbeeld onhygiënisch wordt gewerkt, als ongeschikte testen worden gebruikt of onjuiste voorlichting wordt gegeven over de betekenis van de testuitslag. Bij incidenten met dit type testen zal de boodschap dan moeten zijn dat de overheid hier niet tegen kan optreden. Hierbij verdient overigens evenzeer aandacht dat de mogelijkheid voor het houden van effectief toezicht afneemt indien er een groot aantal partijen testen gaat aanbieden en iedere aanbieder vanwege die reden als zorgaanbieder moet worden gezien.
- 2) De meldplicht voor positieve testuitslagen op grond van de Wet publieke gezondheid bestaat niet meer. De Wpg kent deze verplichting alleen voor een arts of een laboratorium. Indien er geen arts meer betrokken is bij het testen, dan is er dus geen persoon die de verplichting heeft positieve testuitslagen door te geven. Betrokkenheid van een laboratorium zal veelal niet aan de orde zijn bij 'testen aan de poort'.
- 3) Er is niet langer een geneeskundige behandelovereenkomst in de zin van de WGBO. Indien feitelijk geen arts meer betrokken is bij het aanbieden van testen, is ook de WGBO niet van toepassing. Dit betekent dat er geen geneeskundige behandelovereenkomst meer is, die als basis kan dienen voor de verwerking van persoonsgegevens en dat de testuitslagen niet langer onder het medisch beroepsgeheim vallen. Wanneer personeel op bijvoorbeeld scholen en portiers in bedrijven testen gaan afnemen zal er dus sprake zijn van een hele andere setting en situatie.
- 4) Er is geen AVG-grondslag meer voor het verwerken van testuitslagen. Een testuitslag is een medisch gegeven. Een medisch gegeven is een bijzonder persoonsgegeven op grond van de AVG. Dergelijke bijzondere persoonsgegevens mogen in beginsel niet verwerkt worden, tenzij een uitzondering geldt. Kort gezegd kan dit hier alleen uitdrukkelijke toestemming of een wettelijke grondslag zijn. Een wettelijke grondslag ontbreekt. Er is geen basis om de medische gegevens te verwerken van werknemers of scholieren om een toegangstest te ondergaan. Werkgevers mogen deze gegevens op dit moment niet verwerken. Het is ook maar zeer de vraag of zo'n wettelijke

grondslag/verplichting op draagvlak onder de bevolking zou kunnen rekenen. Daarom lijkt het beste spoor de vrijwilligheid. Vrijwilligheid is vanuit de AVG echter problematisch als het gaat om afhankelijkheidsrelaties (wat bij werk en scholen zeker het geval is). De toestemming kan niet vrij gegeven worden. Ook mag de uitslag van de test niet worden ingezien door iemand die niet daartoe bevoegd is. Dat verhoudt zich niet met de inzet van een begeleider bij het testen.

Overigens zal ook aan de overige eisen van de AVG zal steeds voldaan moeten worden bij het inrichten van het testproces. De AVG vereist naast een rechtmatige verwerkingsgrondslag ook technische en organisatorische maatregelen. Hierbij wordt bijvoorbeeld gedoeld op beveiliging van eventuele gegevens, zo moet de toegang tot de gegevens goed geregeld zijn (autorisaties). Ook kent de AVG rechten toe aan een betrokkene, die moet weten waar hij terecht kan met verzoeken. Tot slot is hier relevant de verantwoordingsplicht voor de afnemer van de testen. De Autoriteit Persoonsgegevens houdt hier toezicht op.

5) Arbeidsverhoudingen. Zie hierover de nota van 26 november 2020. Feitelijk kan begeleid testen in een werkgever – werknemer relatie alleen onder verantwoordelijkheid van een arbo arts. Op basis van de AVG in combinatie met de nationale wetgeving is het namelijk niet toegestaan voor werkgevers om in deze context medische gegevens van hun werknemers in te zien en te verwerken en is er ook geen sprake van vrijwilligheid/ vrije toestemming wegens de machtsverhouding in die relatie. De inzet van een begeleider door de werkgever bij het afnemen van testen is daarom problematisch.

Tot slot: het is lastig uit te leggen en mogelijk politiek kwetsbaar vanuit het belang van de burgers om veilig getest te worden waarom voor testen door de GGD wel veiligheidseisen gelden en handhaving door de IGJ en waarom dat niet zou moeten gelden voor testen door bedrijven en scholen.

Grondrechten

Indien de uitslag van een test op SARS CoV-2 wordt gebruikt om een persoon gedwongen uit te sluiten van bijvoorbeeld school of werk, kunnen diens grondrechten in het geding komen (denk aan het recht op privacy, het recht op scholing en toegang tot werk). Deze wijze van testen door bedrijven en scholen is juridisch ook een inbreuk op grondrechten. Dit is niet toegestaan als daarvoor geen wettelijke grondslag is. Dat is ook de reden dat op dit moment gewerkt wordt aan een wetsvoorstel waarbij wordt geregeld wanneer een dergelijk testbewijs gevraagd moet worden voor toegang tot bepaalde voorzieningen. Voor gevallen waar dit wetsvoorstel niet op ziet en zolang dit wetsvoorstel niet in werking is getreden, is het (ook) de eigen verantwoordelijkheid van private partijen om de grondrechten van degenen die gebruik maken van hun aanbod tot testen te respecteren en binnen de kaders van wetgeving te blijven. Dat kan als deelname aan een test in alle opzichten geheel vrijwillig is en geen consequenties worden verbonden aan niet-meewerken. Ook mag er geen verplichting bestaan een testuitslag te delen met partijen waarbij een machtsverhouding geldt zoals in een werkgever-werknemer situatie. Voor alle duidelijkheid: werknemers mogen deze informatie wel delen, ze mogen er echter niet toe verplicht worden door de werkgever, ook niet indirect.