

Rechtskarakter Digitaal Groen Certificaat

Concept-verordening 'digitaal groen certificaat'

Op 17 maart 2021 heeft de Europese Commissie een voorstel voor een verordening gepubliceerd. Het voorstel voorziet in een (technisch) kader voor de afgifte, de grensoverschrijdende verificatie en de wederzijdse acceptatie van vaccinatie-, test- en hersteldcertificaten ten behoeve van het vrij verkeer van personen. Dit is het zogenaamde 'digitaal groen certificaat' (hierna: het certificaat). Het voorstel is door de Raad op 13 april op onderdelen aangepast en ligt momenteel ter behandeling bij het Europees Parlement.

De vraag die in deze notitie centraal staat is of de uitgifte van dit certificaat een beschikking is in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

De conclusie van deze notitie is dat dit vermoedelijk niet het geval is. Zoals de concept-verordening nu is vormgegeven, moet de lidstaat altijd (automatisch of op verzoek) certificaten uitgeven als een vaccinatie is gegeven, een NAAT- of antigeentest is ondergaan of elf dagen zijn verstreken nadat een persoon een positieve testuitslag heeft gehad. Anders dan bij het testbewijs gelden bijvoorbeeld geen inhoudelijke eisen aan de uitslag van de test voordat een certificaat wordt uitgegeven. En ook een enkele vaccinatie (als de complete cyclus uit twee bestaat) leidt tot afgifte van een certificaat. Daarmee is het certificaat niet meer dan een bewijsstuk. Het is grotendeels aan de lidstaten zelf om te bepalen welke betekenis aan het certificaat wordt toegekend in een concreet geval.

De conclusie dat het certificaat slechts een bewijsstuk is en geen besluit is in de zin van de Awb, is niet direct evident in het geval een persoon buiten de EU een vaccinatie heeft ontvangen en om afgifte van het certificaat vraagt door Nederland. In dat geval geldt een bijzondere procedure, waarin wel besluitvormingselementen zitten. In die bijzondere procedure is echter ook de vraag of sprake is van 'besluit' in de zin van de Awb, omdat de publiekrechtelijke rechtsgevolgen daarvan (nog) niet optreden. Dit wordt hieronder apart uitgewerkt.

Hoe ziet het digitaal groen certificaat er uit?

Met het oog op het bepalen van het rechtskarakter zijn de volgende elementen van het certificaat van belang:

- 1) Het 'digitaal groen certificaat' wordt afgegeven om het vrij verkeer van personen te faciliteren. Het is dus bedoeld voor gebruik buiten de eigen lidstaat.
- 2) Het dient als bewijs dat de houder
 - a) in de lidstaat van uitgifte is gevaccineerd (vaccinatiecertificaat) of
 - b) in de lidstaat van uitgifte is getest met een NAAT (PCR) test of een aangewezen antigeentest die door zorgverleners is uitgevoerd (testcertificaat) of
 - c) hersteld is van een Covid-19 besmetting (een hersteldcertificaat).
- 3) Het bevat de volgende gegevens:
 - een interoperabele (=in iedere lidstaat afleesbare) barcode.
 - In leesbare vorm: persoonsgegevens van de houder, metadata zoals de uitgever van het certificaat en een unieke identificatie, de bijzonderheden van de vaccinatie/testen/datum van infectie (bij hersteldcertificaten).
 - Een vaccinatiecertificaat wordt uitgegeven als er sprake is van een vaccin dat is toegelaten tot de markt door de EU of een individuele lidstaat. Bij vaccinatie is expliciet bepaald dat ook een certificaat wordt afgegeven als één vaccinatie is gegeven (als er twee doses voorgeschreven zijn). Op het vaccinatiecertificaat wordt beschreven of de volledige vaccinatiecyclus is doorlopen.
- 4) Het certificaat kan digitaal of op papier uitgegeven worden.

Ook is belangrijk dat de lidstaten (binnen de kaders van het EU-recht) zelf bevoegd zijn om (inreis)beperkingen op te leggen of op te heffen (en de voorwaarden die daarvoor gelden te bepalen). Ook besluiten zij zelf over de inzet van het certificaat. De concept-verordening verplicht lidstaten alleen dat het certificaat onder dezelfde voorwaarden gelijk gesteld moet worden met nationale vaccinatie-, test- of hersteldbewijzen waar de lidstaat dergelijke bewijzen vraagt bij het opheffen van beperkingen van het vrij verkeer.

Is het certificaat een besluit in de zin van de Awb?

Onder een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) wordt verstaan:

een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling (artikel 1:3 Awb)

Als aan één bestanddeel niet is voldaan, is geen sprake van een besluit in de zin van de Awb, maar van een feitelijke handeling.

Voor het certificaat geldt:

- a) *Er is voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste:*
het certificaat is een leesbaar bestand. Ook als de drager digitaal is, is dan voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste.
- b) *Het is vermoedelijk geen beslissing*
 - Het digitaal groen certificaat wordt automatisch of op verzoek uitgegeven zodra een vaccin is toegediend (vaccinercertificaat), een NAAT of antigeen test is uitgevoerd (testcertificaat) of tussen 11 en 180 dagen na een positieve test (een hersteldverklaring). Het is daarmee alleen een schriftelijke bewijs van een feitelijke handeling of een feitelijke omstandigheid. In de verordening staan geen nadere beoordelingsvereisten voor het afgeven van het certificaat, zoals dat de testuitslag negatief moet zijn geweest. Zoals hierboven reeds vermeld, kan een persoon ook een vaccinatiecertificaat krijgen als niet de complete vaccinatiecyclus is afgerond. Illustratief is dat de Europese Commissie op haar website meldt dat nationale overheden de afgifte kunnen overlaten aan ziekenhuizen, testcentra en gezondheidsdiensten. Hiermee is het element 'toepassing van het recht op de feiten' eigenlijk niet aan de orde. Daarmee kan betoogd worden dat er geen sprake is van een beslissing.
 - *Hiertegen zou kunnen worden ingebracht dat de uitgifte op zichzelf een beslissing is, omdat dit een aparte handeling vraagt. Dit lijkt me echter onvoldoende om van een besluit te kunnen spreken, omdat hier geen afweging van enigerlei aard aan ten grondslag ligt.*

Omdat er geen sprake lijkt te zijn van een 'beslissing' is het certificaat, verkregen volgens de procedure van artikel 5, 6 of 7 in de conceptverordening geen 'besluit' in de zin van de Awb,. Voor de volledigheid nog kort de volgende bestanddelen van het besluitbegrip.
- c) *Het is afkomstig van een bestuursorgaan*
De uitgifte van het certificaat is een verplichting voor de lidstaten. Zij kunnen daartoe 'designated bodies' aanwijzen. Het is aan de lidstaten om dit te regelen. Voor zover Nederland bij wettelijk voorschrift een 'designated body' aanwijst om certificaten uit te geven, is dit orgaan een bestuursorgaan.
- d) *De afgifte van het certificaat is waarschijnlijk ook geen publiekrechtelijke rechtshandeling*
Van een publiekrechtelijke rechtshandeling is sprake indien een beslissing er op is gericht een bevoegdheid, recht of verplichting voor een of meer anderen te doen ontstaan of teniet te doen, dan wel de juridische status van een persoon of een zaak vast te stellen¹.
 - Indien een andere lidstaat voorwaarden stelt aan het vrij verkeer, dan is dat geen publiekrechtelijke rechtshandeling, omdat het gevolg dan optreedt buiten Nederland.
 -
 - Indien Nederland een bewijs van vaccinatie, van een test of van herstel vraagt als voorwaarden voor het opheffen van beperkingen, dan moet Nederland op grond van de

¹ ABRvS 30 januari 2008, JB 2008/57

conceptverordening ook het vaccinatie-test- of hersteldcertificaat uit een andere lidstaat accepteren onder dezelfde voorwaarden als in Nederland. Bijvoorbeeld voor een testuitslag wordt in Nederland vereist dat deze negatief is en niet ouder is dan een bepaald aantal uur om omgezet te kunnen worden in een testbewijs. Logischerwijs zal Nederland dan alleen testcertificaten als bewijs accepteren als daaruit blijkt dat de testuitslag ook negatief is en dat deze niet ouder is dan de testuitslag die in Nederland recht geeft op een testbewijs.

- Op vergelijkbare wijze kunnen nadere eisen door lidstaten worden gesteld aan de inhoud van het certificaat, denk bijvoorbeeld aan een situatie dat uit het vaccinatiecertificaat blijkt dat maar één dosis is verkregen, wanneer twee vereist zijn. Denkbaar is dat indien uit het vaccinatiecertificaat blijkt dat één dosis is verkregen, dat soms ertoe leidt dat de beperkingen voor die persoon niet worden opgeheven. Dit hangt af van het recht van de lidstaat.

Conclusie hieruit is dat het certificaat zelf geen publiekrechtelijke rechtsgevolgen in het leven roept. Het is alleen bewijsmiddel, waaraan gevolgen kunnen worden verbonden, mits het voldoet aan nationale voorwaarden. Deze gevolgen volgen echter niet uit afgifte van het bewijsmiddel maar uit het recht van iedere lidstaat, in Nederland moet er dus een beoordeling van het certificaat plaatsvinden om de relevantie ervan te beoordelen. Ook om deze reden is het afgeven van het certificaat geen besluit in de zin van de Awb.

Bijzondere procedure bij vaccinatie in derde land

Indien een persoon buiten de EU een vaccin toegediend heeft gekregen en dit vaccin ook in de EU tot de markt is toegelaten, kunnen de lidstaten aan die persoon een vaccinatiecertificaat toekennen. Voor de afgifte van het certificaat gelden een aantal voorwaarden, zoals dat de lidstaat alle noodzakelijke informatie moet hebben ontvangen, inclusief een betrouwbaar bewijs van vaccinatie.

Vanwege de noodzakelijke toetsing of alle noodzakelijke informatie is ontvangen voordat het certificaat kan worden afgegeven, kent deze procedure, anders dan in 'normale' procedure wel een besliselement. Maar ook dan geldt nog steeds dat het vaccinatiecertificaat op zichzelf geen rechtsgevolgen heeft. Dit om dezelfde redenen als hierboven weergegeven. Ook bij deze procedure is dus geen sprake van een besluit.

Rechtsbescherming

Het hebben van een certificaat brengt op zichzelf nog geen rechtsgevolgen met zich mee. Bovendien is op dit moment (noch in de nabije toekomst) voorzien in regels waarbij het kunnen overleggen van het certificaat de enige manier is om een bewijs te krijgen van een vaccinatie of een afgelegde test. Het al dan niet in het bezit zijn van een certificaat heeft dus in Nederland (nog) geen juridische consequenties. Als er wel rechtsgevolgen verbonden gaan worden aan het hebben van een certificaat moet daarbij ook worden nagedacht of en welke rechtsbescherming nodig is.

Indien een andere lidstaat gevolgen verbindt aan het bezit van het certificaat, kan een burger zich tot de overheid van die andere lidstaat wenden als hij meent dat hij daardoor onrechtvaardig in zijn rechten wordt beperkt.