

Inleiding

In het plenaire debat van dinsdag 5 januari jl. is aan uw Kamer toegezegd, dat de minister van Infrastructuur en Waterstaat de Tweede Kamer, voor de behandeling van de het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet publieke gezondheid (Wpg) in verband met een verduidelijking van de tijdelijke grondslag voor het stellen van regels over de toegang tot en het gebruik van voorzieningen voor personenvervoer, zal informeren over de stand van zaken van het onderzoek naar de noodzakelijkheidsverklaring dat zij toezegde in de brief van 16 december 2020 (Kamerstukken 24804, nr. 156).

Aandacht in plenair debat

Het lid van Esch (PvdD) heeft in het plenaire debat gevraagd waarom er op dit moment niet wordt gekozen voor vliegverbod met een noodzakelijkheidsverklaring. Op dit moment geldt de verplichting tot het hebben van een negatieve PCR-testuitslag voor alle vliegreizigers die naar Nederland reizen. Deze plicht geldt ingevolge de artikelen 6.7a en 6.7b van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19. De ministeriële regelingen onder de Tijdelijke wet maatregelen covid-19 waarmee deze artikelen zijn vastgesteld, zijn aan de Tweede Kamer gestuurd op respectievelijk 24 december 2020 en 3 januari 2021. Om toekomstige discussie over de juridische grondslag te voorkomen is deze week een spoedwetwijziging van de Wet publieke gezondheid in procedure gebracht.

Eerdere maatregelen: vliegverboden en negatieve testuitslag

In de periode voor de kerst zijn er voor een korte duur twee vliegverboden voor het VK en het Zuid-Afrika van kracht geweest. Het kabinet heeft op 23 december jl. besloten deze vliegverboden te beëindigen en te vervangen door een verplichte negatieve PCR-testuitslag. Een vliegverbod is een zeer zwaar middel om in te zetten. Het betekent de facto dat er helemaal geen vliegverkeer meer kan plaatsvinden, behoudens streng afgebakende uitzonderingen zoals het vervoer van medisch personeel wanneer dit in het belang is van de volksgezondheid. Dit betekent dat ook reizigers met een noodzakelijke reden niet meer kunnen reizen.

Voor de gehele EU geldt een inreisverbod vanuit alle landen die niet op de lijst van veilige landen staan. Op dat verbod zijn enkele specifiek benoemde uitzonderingen gemaakt, waarvoor de bewijslast bij de reiziger berust die daarvoor meerdere documenten nodig heeft.¹ Gezien het huidige EU-inreisverbod kunnen derdelanders niet naar Nederland reizen, tenzij zij tot een uitzonderingscategorie behoren of uit een land reizen die op de EU-veilige landenlijst staat. In de praktijk betekent dit dat reizigers uit het VK en Zuid-Afrika nu alleen Nederland mogen inreizen als zij tot een hiervoor bedoelde uitzonderingscategorie behoren.

Voorgestelde maatregel: noodzakelijkheidsverklaring

De vraag die nu speelt is of de voornoemde systematiek in Nederland zou kunnen worden toegepast voor alle ingaande en uitgaande reizigers, door een noodzakelijkheidsverklaring te verlangen.

Juridische mogelijkheden

Regelen via een aanwijzing van de minister van VWS, zoals de gezondheidsverklaring

De aanwijzing van de minister van VWS is gebaseerd op artikel 7 Wpg in combinatie met de artikelen 53 en 54 Wpg. De aanwijzing is gedaan om verspreiding van het virus te voorkomen door mensen te vragen of ze gezond zijn.

Een route via de aanwijzing stuit op bezwaren omdat de noodzakelijkheidsverklaring buiten het 'gezondheidskader' ligt. Er kan alleen een aanwijzing worden gegeven om maatregelen te nemen die inhouden dat geen reizigers worden meegenomen of worden toegelaten die een ernstig gevaar voor de volksgezondheid kunnen meebrengen.

De aard van de reis zegt niets over het gevaar dat de reiziger vormt, in tegenstelling dus van of de reiziger niet besmet is (negatieve testuitslag). Ook is de noodzakelijkheidsverklaring geen

¹ <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/coronavirus-covid-19/reizen-en-vakantie/inreizen-doorreizen-nederland-en-het-eu-inreisverbod>.

maatregel die bijdraagt aan het onderzoek of iemand besmet is, wat een beroep op artikel 54, aanhef en onderdeel b, Wpg zou rechtvaardigen.

De juridische basis van de aanwijzing is door de uitspraak van de voorzieningenrechter van eind vorig jaar ook wankel geworden. Daarmee is het riskant om opnieuw een aanwijzing te gebruiken als vehikel om een juridische verplichting te baseren.

Regelen via de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19, zoals de negatieve testuitslag

De andere route betreft het maken van een ministeriële regeling op basis van artikel 58p Wpg. Deze grondslag is ook gebruikt voor het vereisen van de negatieve testuitslag van reizigers uit het buitenland. Er kunnen op basis van het genoemde artikel voorwaarden worden gesteld aan het aanbieden, gebruik en toegang van personenvervoer, en naast een negatieve testuitslag zou je ook een andere verklaring kunnen vragen.

Het spoedwetsvoorstel verduidelijkt de grondslag van artikel 58p Wpg voor de negatieve testverklaring, maar laat onverlet dat er ook andere voorwaarden kunnen worden gesteld voor het aanbieden van, de toegang tot en het gebruik van voorzieningen voor personenvervoer. Het overleggen van een noodzakelijkheidsverklaring zou een dergelijke voorwaarde kunnen zijn.

Een mogelijke beperking van deze route is dat de verplichting nog steeds niet rechtstreeks bij de burger berust, maar bij de vervoerder. Dat geeft complicaties voor de controle en handhaving (zie hierna). Uiteraard is ook een goede inkadering noodzakelijk van wat wordt gevraagd van de reiziger (hoe ziet een noodzakelijkheidsverklaring eruit) en wat daar eigenlijk in moet staan (wat is noodzakelijk en hoe toont men dat aan).

Algemene (juridische) bezwaren

De facto reisverbod

Het instellen van een verplichting tot het hebben van een noodzakelijkheidsverklaring komt de facto neer op een reisverbod. Je kunt namelijk niet meer reizen als dat niet voor een noodzakelijk doel is. Het doel van je reis kun je niet zomaar aanpassen, dus het reizen wordt hiermee feitelijk voor heel veel mensen echt onmogelijk gemaakt.

Noodzaak en proportionaliteit

Voor een dergelijke maatregel is, zeker vanwege ingrijpendheid omdat er een reisverbod ontstaat, de noodzakelijkheid en proportionaliteit cruciaal. Het doel is uiteindelijk de bescherming van de volksgezondheid, maar hoe noodzakelijk is het dan om reizen zo goed als te verbieden, en het juist nog wel toe te staan voor noodzakelijke reizen (terwijl die reizigers net zo goed besmet kunnen zijn)? Het gaat er vooral om dat je het virus zo goed mogelijk probeert buiten de deur te houden. Een dergelijk zwaar middel kan alleen worden ingevoerd als daartoe een dringende noodzaak is en er geen andere, minder vergaande alternatieven zijn. Het kabinet beschouwt het vereisen van de negatieve PCR-testuitslag als een minder vergaand alternatief. Daarmee wordt reizen namelijk niet geheel verboden, maar wordt om te reizen de voorwaarde gesteld dat de reiziger een negatieve PCR-testuitslag heeft. In beginsel heeft een ieder de mogelijkheid om een PCR-test te ondergaan.

Ongelijkheid

Ook blijft er een gat bestaan omdat er voor privévervoer niets geregeld kan worden binnen de huidige Wpg. Het level playing field is er dus nog steeds niet, en reizigers kunnen nog steeds via bijvoorbeeld de auto Nederland binnenkomen zonder noodzakelijkheidsverklaring.

Een ander punt van ongelijkheid betreft de situatie ten opzichte van andere landen (binnen het Schengengebied), waarvan niet bekend is dat zij noodzakelijkheidsverklaringen eisen voor in- of uitreizen buiten de grenzen. Wel binnen bepaalde gebieden of bijvoorbeeld om een uitzondering op de avondklok te rechtvaardigen, maar dit betreft situaties van andere orde die niet wringen met de EU-recht.

Controle, uitvoering en handhaving

De controle is ook niet zo eenvoudig uit te voeren. Wie bepaalt wat wel en niet noodzakelijk is en hoe is te verifiëren of sprake is van de aangegeven noodzaak? Hierbij speelt ook zeker een rol dat

va artikel 58p de verantwoordelijkheid om dit te controleren bij de vervoerder komt te liggen. Het zal voor de controle heel lastig zijn om de persoonlijke situatie van een reiziger te beoordelen, en dan moet uiteindelijk ook nog worden geoordeeld of het opgegeven reisdoel wel terecht en ook echt noodzakelijk is. Een simpel vinkje of eigen verklaring maakt fraude bovendien erg makkelijk. In plaats daarvan hanteren van de regels en verklaringen die gelden voor bij het EU-inreisverbod is wel uniformer, maar ook weer heel arbeidsintensief en brengt veel administratieve lasten met zich mee. Dat lijkt, los van de andere bezwaren, ook niet wenselijk ten aanzien van inreizende EU-burgers of uitgaande reizigers.

Binnengrenscontroles

Je hebt voor de controle hiervan grenscontroles nodig. Voor derdelanders die inreizen zijn die er al, maar voor intra-Schengen niet. Hierbij komt de Schengengrenscore weer om de hoek kijken (zie bijlage). Die maakt het op zichzelf wel mogelijk om binnengrenscontroles in te stellen ter bescherming van de volksgezondheid. Echter, er zijn Europese afspraken die hieraan in de weg staan. Er is ook niet bekend dat andere landen in de EU binnengrenscontroles uitvoeren.

Dwingend advies wordt juridische plicht

Je maakt hiermee van een moreel appèl een juridische verplichting. Het is weliswaar eerder gedaan bij de mondkapjesplicht, maar ook dat ging zeker niet zonder slag of stoot en lag toch nog gevoelig omdat het ingreep in de persoonlijke levenssfeer van mensen. De noodzakelijkheid en proportionaliteit zijn van groot belang.

Gevolgen voor specifieke doelgroepen

Hierna wordt per doelgroep nog kort aangegeven wat de verplichte noodzakelijkheidsverklaring zou betekenen. Hiervoor gelden onverkort de voornoemde bezwaren en belemmeringen.

Inkomend EU-burger binnen Schengengebied

Hiervoor is de noodzakelijkheidsverklaring ingrijpend. Deze burgers vallen in principe binnen het vrij verkeer van personen en wordt nu een belemmering opgelegd. Het is gezien de Schengengrenscore niet onmogelijk, maar moeilijk te rechtvaardigen.

Inkomend derdelander binnen Schengengebied

Hiervoor verandert vrij weinig. In beginsel moeten ze worden toegelaten omdat ze binnen Schengengebied reizen, maar er kan sprake zijn van het niet voldoen aan de voorwaarden om geldig in Nederland te mogen verblijven (zie ook bijlage).

Inkomend EU-burger buiten Schengengebied

Hiervoor is de noodzakelijkheidsverklaring ingrijpend. Deze burgers zijn nu onder het EU-inreisverbod uitgezonderd en kunnen dus ook zonder noodzakelijke reden terugkeren naar de EU. De vraag is of terugkeren naar huis aangemerkt kan worden als noodzakelijke reis.

Inkomend derdelander buiten Schengengebied

Hiervoor verandert niets, voor zover de landen niet op de veilige landenlijst staan. Daarvoor geldt vanuit de EU namelijk al een inreisverbod. Een nationale verplichting voegt niets toe. Voor veilige landen zou de verplichting vanuit Nederland niet overeenstemmen met de Europese afspraak.

Uitgaande reizigers

Voor deze groep zou de plicht helemaal nieuw zijn. Het is ook moeilijk te motiveren waarom voor deze groep een noodzakelijkheidsverklaring nodig is, als ze tenminste niet voornemens zijn (op korte termijn) terug te keren naar Nederland. Er is dan voor Nederland geen volksgezondheidsbelang. Voor reizigers zie wel (relatief) snel zouden terugkeren, is het vragen naar de noodzaak een inperking van hun vrijheid om te reizen, zonder dat concreet is te motiveren dat ze bij terugkomst een volksgezondheidsrisico zullen vormen.

Tot slot

Het verplicht stellen van een noodzakelijkheidsverklaring wordt onder verwijzing naar het voorgaande niet wenselijk geacht. Op dit moment geldt onverkort de dringende oproep van het kabinet tot medio maart om niet te reizen naar het buitenland, tenzij voor strikt noodzakelijke redenen.

Bijlage: Binnengrenscontroles

Voor het kunnen controleren of een reiziger in het bezit is van de testverklaring is de randvoorwaarde het instellen van de binnengrenscontrole op basis van artikel 28 van de Schengengrenscore op basis van een besluit van de minister van JenV. De andere lidstaten, CIE en het EP moeten over dit besluit geïnformeerd worden. Daarnaast is op basis van dit besluit een aanwijzing van de minister van VWS nodig voor de luchtvaartmaatschappijen en de luchthavenexploitanten om ervoor zorg te dragen dat de controle op de negatieve testverklaring reeds voor vertrek naar Nederland plaatsvindt.

Vooropgesteld moet worden dat het invoeren van binnengrenscontrole wat anders is dan toegang kunnen weigeren op grond van de volksgezondheid: binnengrenscontrole gaat alleen over de mogelijkheid om reizigers van binnen het EU-grondgebied te kunnen controleren op het voldoen aan toegangsvoorwaarden en hen dus in beeld te kunnen krijgen. Het enkel herinvoeren van grenscontroles betekent niet dat er een grondslag ontstaat voor toegangsweigering of andere maatregelen.

Indien een reiziger toch zonder noodzakelijkheidsverklaring aankomt op een Nederlandse luchthaven en gecontroleerd wordt bij de grenscontrole dan zal individueel gemotiveerd worden waarom deze reiziger een gevaar vormt voor van de openbare orde/volksgezondheid. Er moet dus per persoon worden gemotiveerd waarom juist die persoon een bedreiging vormt voor de volksgezondheid in Nederland. De enkele vaststelling dat iemand afkomstig is uit een hoog risicogebied is niet voldoende, er moet ook worden ingegaan op de argumenten die de reiziger geeft waarom hij/zij juist geen gevaar vormt (al eerder ziek geweest, gaat in isolatie bij aankomst etc). De kans is reëel dat al dan niet door tussenkomst van de rechterbank dat alsnog toegang verleend moet worden.

EU burgers

De toegangsvoorwaarden voor EU burgers zijn geregeld in het Unierecht en geïmplementeerd in nationale regelgeving, het Vreemdelingenbesluit (Vb). Het herinvoeren van binnengrenscontrole op luchtgrenzen betekent niet dat deze grenzen voor Unieburgers gezien moeten worden als buitengrenzen. Toegangsweigeringen van Unieburgers bij het eventueel instellen van de binnengrenscontrole zal op basis van artikel 8.8 van het Vb (gebaseerd op de artikelen 27 en 29 van de Verblifsrichtlijn 2004/38/EG) moeten plaatsvinden.

Artikel 8.8 van het Vb bepaalt dat Unieburgers slechts de toegang tot Nederland kan worden geweigerd - voor zover hier van belang - 'in het geval van potentieel epidemische ziekten zoals gedefinieerd in de relevante instrumenten van de Wereldgezondheidsorganisatie dan wel andere infectieziekten of besmettelijke parasitaire ziekten, ten aanzien waarvan in Nederland beschermende regelingen ten aanzien van Nederlanders worden getroffen.' Dit kan alleen met een bijzondere schriftelijke aanwijzing van de minister van JenV.

Beneluxonderdanen

De toegang van Nederlanders kan niet geweigerd worden. Verder geldt artikel 8.8 van het Vb niet voor Benelux-onderdanen. Hen kan alleen de toegang tot Nederland worden geweigerd als zij een actuele bedreiging voor de openbare orde of de nationale veiligheid vormen op grond van artikel 8.5 Vb.

Derdelanders met verblijfrecht in de EU

Derdelanders die al in de Unie verblijven en zich binnen de Unie verplaatsen, kunnen niet de toegang worden geweigerd – zij zijn immers al in het Schengengebied. Wat wel kan, is vaststellen dat de derdelander niet voldoet aan de voorwaarden voor toegang en verblijf in de vrije termijn en dus niet rechtmatig in Nederland is. Hij kan een aanzegging krijgen om (onmiddellijk) weg te gaan, als hij geen noodzakelijkheidsverklaring kan overleggen. Dit uiteraard onder het voorbehoud dat het niet overleggen van een noodzakelijkheidsverklaring, in combinatie met een individuele afweging, voldoende dragen is voor de weigering. Als betrokkene niet vrijwillig teruggaat dan kan een terugbesluit worden genomen.

Aandachtspunten toegangsweigeringen EU-burgers

Zoals aangegeven vraagt de toegangsweigering om individuele gemotiveerde beoordeling. Dit zal in de praktijk zeer moeilijk zijn en veel vragen van de IND/KMar. Als het gaat om een paar gevallen dan zal dit in het werkproces van de KMar en de IND nog wel in te regelen zijn. De verwachting is echter dat in de meeste gevallen de reiziger niet de toegang geweigerd zal kunnen worden al dan niet na tussenkomst van de rechter. Daarnaast geldt er voor Belgen en Luxemburgers een ander toegangsweigeringsregime. Dat maakt de toegangsweigering van (andere) Unieburgers kwetsbaar en is ook lastig op individuele gronden uit te leggen waarom juist zij geweigerd moeten worden ter bescherming van de volksgezondheid. Verder heeft de Europese Commissie eerder aangegeven dat lidstaten op grond van eigen regelgeving beperkingen kunnen opleggen aan het vrij verkeer, bijvoorbeeld dat reizigers uit niet-groene gebieden in quarantaine gaan of een test laten doen (vlak voor of na aankomst). Het gaat daarbij om belemmeringen, niet om toegangsvoorwaarden. Deze beperkingen staan los van toegang. Zij moeten gebaseerd zijn op bepalingen van nationaal recht en niet-naleving kan bestraft worden met bijvoorbeeld een boete. In Nederland hebben wij op dit moment geen nationale regelgeving op grond waarvan deze beperkingen kunnen worden verplicht. Daarvoor moet de Wet publieke gezondheid worden aangepast.

Aandachtspunten maatregel invoeren binnengrenscontroles

Op grond van de artikelen 25 tot en met 28 van de Schengengrenscode volgt dat de controles aan de binnengrenzen tijdelijk kunnen worden heringevoerd als er sprake is van een ernstige bedreiging voor de openbare orde of de binnenlandse veiligheid van een lidstaat. De omvang en duur van de controles moeten beperkt blijven tot wat strikt noodzakelijk is om op de bedreiging te reageren. Het is een uiterst middel. Lidstaten moeten daarbij onderbouwen in hoeverre een dergelijke maatregel de bedreiging voldoende kan verhelpen, en of de maatregel tot die bedreiging in verhouding staat. Daarbij wordt rekening gehouden met de verwachte gevolgen van de maatregel op het vrije verkeer van personen in Schengen zonder binnengrenstoezicht.

Er is een normale procedure waarbij de herinvoering meer dan vier weken van tevoren moet worden aangekondigd en een spoedprocedure waarbij de controles onmiddellijk kunnen worden ingevoerd voor de duur van tien dagen. Dat kan als de dreiging onmiddellijk optreden vereist.

Het is geen sinecure te motiveren dat herinvoering van binnengrenscontrole alleen op de Nederlandse luchthavens strikt noodzakelijk is om op de dreiging van virusverspreiding te reageren, terwijl dat voor de land- en zeegrenzen niet geldt. Dit onderscheid moet vanuit het oogpunt van proportionaliteit stevig onderbouwd worden. Om reizen naar Nederland te voorkomen lijkt een algeheel vliegverbod het meest effectief en dan herinvoering van de binnengrenscontroles en toegangsweigering van Unieburgers. Echter, bij het instellen vliegverbod van het vliegverbod zijn de volgende kanttekeningen te plaatsen;

- Het kan alleen op aanwijzing VWS of minister defensie
- Erg onwenselijke en rigoureuze maatregel;
- Gaat om sluiten luchtruim voor vluchten uit land x;
- Beperkt ook vitale transport van goederen (vaccins) en noodzakelijk reizen van passagiers;
- Vracht- en repatriëringsvluchten kunnen worden uitgezonderd van vliegverbod, maar is complex;
- CIE kijkt op basis van verordening of het middel gerechtvaardigd is (nut/noodzaak) en kan zelfstandig ingrijpen.
- Mag hoogstens 14 dagen gelden en CIE moet instemmen met verlenging;
- Grote economische gevolgen voor luchtvaartmaatschappijen zullen verergeren door verliezen van verbindingen.

Daarom is het gezien het bovenstaande niet wenselijk om over te gaan tot invoering van een vliegverbod.

Uitvoering

Het intra-Schengenverkeer zal door luchthaven zoveel mogelijk centraal ingericht moeten worden op de luchthaven. Als blijkt dat er op individuele basis (het niet hebben van een negatieve testuitslag) een risico is voor de volksgezondheid dan kan de toegang van betrokkene door de KMar worden geweigerd. Hiertoe zullen nadere werkafspraken moeten worden gemaakt tussen de luchthavenexploitanten, GGD/veiligheidsregio en de KMar en IND.