

MAES | LAW

Productie 47

Aan De leden van de Tweede Kamer

Van Stan Baggen, advocaat

Datum 15-09-2021

Onderwerp Toelichting op de ontbrekende rechtsgeldigheid van vaccinatiebewijzen als Coronatoegangsbewijs

## 1. Inleiding

- 1.1. In het NRC van jongstleden 31 augustus (bijlage 1), betoog ik dat de invoering van een regeling coronatoegangsbewijzen waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen gevaccineerde en ongevaccineerde mensen, in strijd is met de Wet Publieke Gezondheid (verder: "de Wet"). Nu een dergelijke regeling inderdaad is vastgesteld, dient uw Kamer te beslissen of zij daarmee instemt.
- 1.2. In dit memo bespreek ik uitvoeriger dat en waarom de beoogde regeling in strijd is met de Wet en dat u om die reden niet met de regeling in zou moeten stemmen. Dit is een tweede versie van dit memo, een eerdere versie dateert van 13 september, toen de regeling en het meest recente OMT-advies nog niet gepubliceerd waren (wat op zich al vrij opmerkelijk genoemd mag worden). Als u na lezing van dit memo nog vragen heeft, nodig ik u graag uit daarover contact met mij op te nemen.

## 2. Juridisch kader

- 2.1. De mogelijkheid om het gebruik van coronatoegangsbewijzen in bepaalde sectoren verplicht te stellen is opgenomen in paragraaf 3a van hoofdstuk Va van de Wet. Er bestaan drie soorten coronatoegangsbewijs (art. 58a lid 1 van de Wet):
- bewijs van een testuitslag;
  - bewijs van vaccinatie tegen het virus SARS-CoV-2;
  - bewijs van herstel van een infectie met het virus SARS-CoV-2.
- 2.2. Op grond van de Wet is een bewijs van een testuitslag steeds te gebruiken als coronatoegangsbewijs. De Wet stelt evenwel een duidelijke voorwaarde aan het kunnen stellen van regels met betrekking tot het beschikken over vaccinatie tegen het virus SARS-CoV-2 of herstel van een infectie met het virus SARS-CoV-2. Artikel 58ra lid 2 van de Wet luidt:

*"Regels met betrekking tot het beschikken over vaccinatie tegen het virus SARS-CoV-2 of herstel van een infectie met het virus SARS-CoV-2 worden slechts gesteld indien:*

*a. op basis van een bewijs van vaccinatie tegen het virus SARS-CoV-2 of een bewijs van herstel van een infectie met het virus SARS-CoV-2 kan worden vastgesteld dat*

- een vergelijkbare kans op overdracht van het virus SARS-CoV-2 bestaat als bij een bewijs van een negatieve testuitslag; en*
- b. de mogelijkheid wordt geboden in plaats van een bewijs van vaccinatie tegen het virus SARS-CoV-2 of een bewijs van herstel van een infectie met het virus SARS-CoV-2 gebruik te maken van een bewijs van een testuitslag.”*

- 2.3. Artikel 58ra lid 2 is een nadere uitwerking van de voorwaarden die voor alle overheidsmaatregelen ter bestrijding van de pandemie gelden, zoals vastgelegd in artikel 58b lid 2 van de Wet:

*“De bij of krachtens dit hoofdstuk toegekende bevoegdheden worden slechts toegepast voor zover die toepassing:*

- a. gelet op de ernst van de bedreiging van de volksgezondheid noodzakelijk is;*  
*b. in overeenstemming is met de uitgangspunten van de democratische rechtsstaat; en*  
*c. gelet op het in het eerste lid genoemde doel de uitoefening van grondrechten zo min mogelijk beperkt en aan dat doel evenredig is.”*

### 3. **Uitwerking juridisch kader**

- 3.1. Uitgangspunt in een democratische rechtstaat is dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk, naar mate van ongelijkheid. Onderscheid tussen burgers dient een gerechtvaardigd doel te dienen en dat onderscheid dient aan het doel evenredig te zijn. Burgers mogen, met andere woorden, niet zomaar in hun vrijheden worden beperkt. De Wet werkt dit uitgangspunt nader uit in artikel 58ra lid 2. De kern van dat artikel is dat alternatieven voor testen voor toegang – een vaccinatiebewijs of een herstelbewijs – alleen zijn toegestaan als de situatie niet onveiliger wordt door mensen met een vaccinbewijs en/of een herstelbewijs niet langer te testen. Dat is eigenlijk alleen het geval als een bewijs van vaccinatie en/of herstel min of meer zekerheid biedt dat de betreffende persoon niet besmettelijk is. Anders biedt een aanvullende test hoe dan ook meer veiligheid.

- 3.2. Belangrijk is ook dat dit volgens de wet *“kan worden vastgesteld”*. Dat betekent dat de minister zal moeten aantonen dat de situatie niet onveiliger wordt en dat dus niet volstaan kan worden met de stelling dat hierover nog onduidelijkheid bestaat. Toch is dat laatste de stelling van de Minister in zijn recente brief aan uw Kamer van 3 september jl.:

*“Ten aanzien van de epidemiologische ontwikkelingen spelen aanzienlijke onzekerheden, waaronder de mate van transmissieremming door vaccinatie”.*

- 3.3. In het OMT advies dat gisterenavond is gepubliceerd wordt gesteld dat uit berekeningen zou blijken dat de kans dat iemand besmettelijk virus bij zich draagt en daarmee potentieel besmettelijk is voor anderen, ook na een negatieve

antigeensneltest nog altijd circa tweemaal zo groot is als de kans dat een volledig gevaccineerd persoon het virus draagt. Onduidelijk is wie deze berekeningen heeft gemaakt of waar deze zijn gepubliceerd. Dat is opmerkelijk omdat de bewering sterk afwijkt van wél gepubliceerd onderzoek.

- 3.4. Als Bijlage 2 bij dit memo treft u een bijdrage van Dr. J. Walk. Dr. J. Walk is arts, gepromoveerd op immunologie en vaccins, internist in opleiding en de afgelopen anderhalf jaar werkzaam op een Covid-afdeling. Zij komt op basis van studie van de wetenschappelijke literatuur tot een heel andere conclusie over de te lopen risico's. Indien en voor zover daar bij uw Kamer nog twijfel over bestaat, valt aan te bevelen niet enkel op de adviezen van het OMT af te gaan maar ook zelf, als Kamer, onderzoek te verrichten zodat verschillende wetenschappelijke geluiden gehoord worden, of minst genomen van het OMT te verlangen dat de gemaakte berekeningen openbaar worden gemaakt.
- 3.5. Daar komt bij dat het OMT enkel de individuele risicoreductie bespreekt. Die individuele risicoreductie laat onverlet dat bij een hoge vaccinatiegraad een situatie ontstaat waarin de gevaccineerde populatie een toenemend epidemiologische risico vormt. Bij een vaccinatiegraad van 80% zijn er vier keer meer mensen (verhouding 80:20) die minder kans hebben om besmet te raken en te besmetten, maar door de toenemende asymmetrie in populatiegroottes waar de risicovermindering niet tegen opweegt<sup>1</sup>, vormen zij een evenredig, en bij verdere toename van de vaccinatiegraad zelfs een groter risico voor de volksgezondheid.
- 3.6. Wat daar ook van zij, testen is natuurlijk hoe dan ook veiliger dan niet testen, ongeacht of de persoon in kwestie is gevaccineerd. En als dat niet zo is, rijst de vraag waarom het coronatoegangsbewijs dan überhaupt zou moeten worden ingevoerd. Het is dan maar de vraag of deze beperking van rechten evenredig is aan het beoogde doel van de pandemiebestrijding en ook dat is een voorwaarde voor de rechtsgeldigheid van de voorgestelde ministeriële regeling.
- 4. Oneigenlijk doel**
- 4.1. Ondergetekende kan zich, net als vele anderen, niet aan de indruk onttrekken dat de beoogde restricties voor ongevaccineerden met name ten doel hebben de vaccinatiegraad te verhogen. Wat dat betreft is het antwoord van minister De

---

<sup>1</sup> In mijn artikel in het NRC noem ik data uit Israël (39% bescherming bij het Pfizer vaccin), en het Verenigd Koninkrijk (80% bescherming bij Pfizer en 67% bij Astra Zeneca) waarbij in beide gevallen blijkt dat de bescherming in tijd afneemt. Dr. Walk noemt in bijlage 2 een beschermingspercentage tussen de 60% en de 30%. Bij mijn weten is überhaupt geen onderzoek gedaan naar het risico op besmetting bij het Janssen-vaccin.

Jonge op de vraag of testen voor toegang ook voor gevaccineerden een eis zou moeten zijn, op de persconferentie van 13 augustus jongstleden, veelzeggend:

*“Ja, er is een aantal uitspraken van een aantal virologen geweest die daar natuurlijk iets over heeft gezegd, namelijk dat zou je eigenlijk moeten doen, want dan zou het allemaal nog veiliger worden. Het punt is als je dat blijft doen, dan heb je, een veel minder aantrekkelijkheid om je te laten vaccineren, want als je toch nog tot sint-juttemis moet laten testen voordat je ergens naar binnen mag, waarom zou je je dan laten vaccineren?”*

- 4.2. Als het veiliger wordt door ook gevaccineerden te testen wordt het, omgekeerd, onveiliger door dat na te laten. Daarmee erkent de minister dat niet is voldaan aan de wettelijke voorwaarden en bovendien dat het hem erom te doen is vaccineren aantrekkelijk te maken. De vraag is niet alleen hoe zich dat tot de Wet verhoudt maar ook hoe zich dat verhoudt tot de met een ruime meerderheid aangenomen motie 25 295, 676 waarin uw Kamer uitspreekt dat er in de toekomst nooit sprake mag zijn van een directe of indirecte coronavaccinatieplicht.

## 5. Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat de ministeriële regeling onvoldoende steun vindt in de Wet Publieke Gezondheid. Om die reden zou uw Kamer aan die regeling geen instemming moeten verlenen. Het alternatief is dat de regeling na invoering bij de rechter zal worden aangevochten, met een grote kans op succes.

Daar valt nog aan toe te voegen dat het gebrek aan tijdelijkheid van de regeling niet moet worden onderschat. Toegemeten bestuurlijke bevoegdheden worden niet licht weer ingetrokken (denk aan de Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding). Nu de regeling geen strikte einddatum kent, of zelfs maar eenduidige criteria voor beëindiging is het helaas niet ondenkbaar dat de regeling lang zal blijven bestaan en in de toekomst mogelijk ook breder zal worden ingezet.

Met vriendelijke groet,



Stan Baggen  
advocaat



FOTO ROB ENGELAAR / ANP / HOLLANDESE HOOGSTE

# Ongevaccineerd is niet per se onveiliger dan gevaccineerd

Door het coronatoegangsbewijs mogen straks miljoenen mensen niet meer meedoen, zo betoogt *Stan Baggen*. Maar dat gebeurt op basis van opportunisme en niet op basis van de wet.

**H**et demissionaire kabinet heeft aangekondigd dat met ingang van 20 september op veel locaties een coronatoegangsbewijs verplicht zal zijn. Alleen gevaccineerden en mensen met een herstelbewijs mogen nog naar binnen zonder eerst een coronatest te doen, uiteindelijk tegen betaling. Dat is een ingrijpende maatregel die onontkoombaar tot verdeeldheid en spanningen in de samenleving zal leiden. Miljoenen mensen mogen straks, in zekere zin, niet meer meedoen. Miljoenen anderen lijken dat terecht te vinden. Opvallend is dat deze aanpak niet door het OMT is geadviseerd. Het is een zuiver politieke keuze. Nog opvallender is dat de aanpak geen steun lijkt te vinden in de Wet publieke gezondheid.

In het debat over toegangsbewijzen wordt er min of meer vanuit gegaan dat gevaccineerden het virus niet of nauwelijks verspreiden. Als die aanname onjuist blijkt te zijn, zou het verschil in behandeling evident niet te rechtvaardigen zijn.

Zo ziet de wetgever dat gelukkig ook. De Wet publieke gezondheid bepaalt uitdrukkelijk dat toegangsregels gebaseerd op vaccinatie alleen gesteld mogen worden

Vanwege de zomervakantie laten veel mensen zich testen voor een reiscertificaat.

als kan worden vastgesteld dat bij een gevaccineerde een vergelijkbare kans op overdracht van het virus bestaat als bij iemand na een negatieve testuitslag.

Als de kans op verspreiding door een gevaccineerde groter is dan de kans op verspreiding door een negatief geteste persoon, mag een vaccinatiebewijs niet als toegangsbewijs gebruikt worden. Dit is overigens geen bepaling uit lang vervlogen tijden maar een bepaling die pas op 1 juni van dit jaar in werking is getreden.

**D**e aanname dat de vaccins ook de verspreiding van het virus tegenhouden, is inmiddels door de werkelijkheid achterhaald. Volgens het Israëlische ministerie van gezondheid beschermden de vaccins in juli nog maar voor 39 procent tegen het enkele besmet raken met het virus (wat iets anders is dan er ook ziek van worden). Bovendien blijkt uit de Israëlische data dat deze bescherming in tijd verder afneemt. Recent Brits onderzoek laat weliswaar een bescherming tegen besmetting zien van 80 procent bij Pfizer en 67 procent bij AstraZeneca maar dat onderzoek toont ook aan dat die bescherming door de tijd exponentieel afneemt, bij Pfizer met maar liefst 22 procent per dertig dagen. Uit dit Britse onderzoek en meerdere andere onderzoeken kan bovendien geconcludeerd worden dat een gevaccineerde die eenmaal is besmet, het virus in gelijke mate op anderen kan overbrengen als een ongevaccineerde.

De wettelijke voorwaarde om vaccinatiebewijzen als toegangsbewijzen te hanteren is echter niet dat gevaccineerden minder verspreiden dan ongevaccineerden maar dat gevaccineerden minder verspreiden dan mensen met negatieve testresultaten.

Het komt me voor dat we inmiddels gerust kunnen aannemen dat iemand die zich niet heeft laten testen een stuk veiliger is dan iemand die dat niet heeft gedaan, ook al is diegene gevaccineerd. Het tegendeel kan in ieder geval niet worden vastgesteld en daarmee vervalt de wettelijke grondslag onder de invoering van het coronatoegangsbewijs in de beoogde vorm.

Overigens bestaat ook voor het voornemen om mensen te laten betalen voor testen geen wettelijke grondslag. De Wet publieke gezondheid bepaalt immers dat de kosten van de testen voor rekening van de overheid komen. Zonder wetswijziging gaat dit proefballonnetje dus niet op. Dat het parlement een motie heeft aangenomen waarin het kabinet tot het instellen van een eigen bijdrage wordt opgeroepen, maakt dat niet anders.

**M**inister Hugo de Jonge (Volksgezondheid, CDA) gaat aan dit alles wel erg schouderophalend voorbij. Op de vraag of hij het OMT heeft gevraagd of gevaccineerden zich niet ook zouden moeten laten testen voor toegang antwoordde hij op de laatste persconferentie dat „je dit eigenlijk zou moeten doen“. Maar ook dat dit „de aantrekkelijkheid om je te laten vaccineren“ zou verminderen.

Dat is allemaal leuk en aardig maar daarmee geeft de minister toe dat hij oneigenlijk gebruik maakt van de voorwaardelijke bevoegdheid die de wetgever hem heeft gegeven. Het is hem enkel te doen om de vaccinatiegraad, waarbij hij gevaccineerden graag een voordeeltje gunt, ook als dat tot minder veiligheid leidt (wie herinnert zich 'dansen met Janssen' nog?).

De minister geeft zo min of meer toe dat niet is voldaan aan de wettelijke voorwaarde voor het kunnen gebruiken van vaccinatiebewijzen als toegangsbewijs. Dat betekent dat de politiek weer aan zet is. Moet iedereen zich dan tot Sint Juttemis laten testen voor toegang of komt er toch nog een moment dat we besluiten dat meer vrijheid voorgaat op meer veiligheid? Hoe die discussie ook afloopt, op grond van de wet is het samen uit, samen thuis. En zo hoort het ook.



Stan Baggen is advocaat in Amsterdam

## Vaccinatie of een negatieve test en de kans om 'besmettelijk' te zijn

**Conclusie:** Het juridische kader van het coronatoegangsbewijs lijkt onder andere gebaseerd op de aanname dat een vaccinatiebewijs gelijkwaardig is aan een bewijs van negatieve test. Dit is echter in strijd met de meest recente wetenschappelijke gegevens:

- De kans op detectie van een potentieel besmettelijk persoon door middel van een sneltest is in ieder geval 60-70%, en de effectiviteit van een negatieve test ter voorkoming van besmetting ligt zeer waarschijnlijk hoger.
- De bescherming tegen besmettelijkheid door vaccinatie ligt in gepubliceerde onderzoeken tussen 30% en 60%, echter deze is in de Nederlandse populatie momenteel alweer lager gezien het relatief snelle verlies van afweer na vaccinatie en het opkomen van de delta variant.
- Het effect van een negatieve test op besmettelijkheid zal de komende maanden stabiel zijn, daarentegen neemt de effectiviteit van vaccinatie snel (en onvoorspelbaar) af.

### Onderbouwing

#### *Nauwkeurigheid van antigeen sneltesten*

In de rapportage van 27 mei 2021, getiteld 'Status validatie SARS-CoV-2 antigeen sneltesten,' geeft het RIVM een samenvatting van de sensitiviteit (kans op het detecteren van een corona-besmetting) van alle in Nederland onderzochte sneltesten. In populaties zonder coronaklachten (de doelgroep voor het coronatoegangsbewijs) detecteerde de verschillende sneltesten tussen 61,5% en 66,7% van de besmettingen vergeleken met de PCR test. Hierbij is de PCR de zogeheten 'gouden standaard' omdat een negatieve PCR nagenoeg uitsluit dat iemand op dat moment een ander kan besmetten (zeker wanneer correct afgenomen door een GGD/zorgmedewerker zoals in deze studies).

Met andere woorden, 60-70% van alle *potentieel* besmettelijke gevallen worden door de sneltesten gedetecteerd. Wanneer de testen worden geëvalueerd voor detectie van gevallen met een hoge 'viral load' (hoge hoeveelheid virus in de luchtwegen, in dit geval gedefinieerd als een PCR met CT (cycle threshold) van onder de 30) is volgens het RIVM de kans op detectie door een sneltest zelfs zo hoog als 90-95%. Dit zijn meest waarschijnlijk de echte besmettelijke personen.

Concluderend, de bescherming van een sneltest tegen 'besmettelijk zijn' is minstens 60-70%, en in de praktijk zeer waarschijnlijk hoger.

#### *Bescherming van vaccinatie tegen besmettelijkheid*

Het is belangrijk om te benoemen dat de beschikbare vaccins alleen geregistreerd zijn voor het voorkomen van ziekte wegens SARS-CoV-2 infectie, noch de fabrikanten, noch de Europese Geneesmiddelen Autoriteit stelt dat vaccinatie effectief is tegen transmissie. Er is een grote mate van onzekerheid over de daadwerkelijke bescherming van vaccinatie tegen besmettelijkheid omdat de beschikbare onderzoeken methodologisch van zeer slechte kwaliteit zijn. Bij alle beschikbare studies zijn er 'confounders', ofwel, factoren die er toe leiden dat de onderzoeken de effectiviteit van vaccinatie tegen besmettelijkheid waarschijnlijk overschatten. De onderzoeken die zijn gedaan schatten de bescherming tegen besmettelijkheid tussen de 30% en 60%, zie ook het rapport van de Gezondheidsraad van 20 mei 2021<sup>1</sup>.

Het effect van vaccinatie op besmettelijkheid onder de *huidige* Nederlandse populatie, aan wie het coronatoegangsbewijs zal worden verleend, zal veel lager dan 60% zijn, gezien:

---

<sup>1</sup> Het rapport van de Gezondheidsraad schat het effect van vaccinatie op besmettelijkheid tussen de 30% en 50%, echter sindsdien zijn nieuwe studies gepubliceerd (waaronder: Shah *et al*, NEJM 2021 doi:10.1056/NEJMc2106757) die een effect tot maximaal 60% suggereren. Er zijn onderzoeken die de conclusie trekken dat het effect groter is, echter deze studies zijn door hun opzet niet in staat om 'besmettelijkheid' met voldoende betrouwbaarheid te meten.

- Wanneer meerdere wetenschappelijke studies uiteenlopende resultaten laten zien moeten deze worden gecombineerd in een meta-analyse. In dit geval zou zo'n analyse concluderen dat de bescherming ergens tussen 30% en 60% in ligt (maar dus lager dan 60%).
- In de gepubliceerde onderzoeken wordt steeds gekeken naar effectiviteit heel kort na vaccinatie (gemiddeld 1-2 maanden). Echter is inmiddels aangetoond door data uit Israël dat het effect van vaccinatie tegen ziekte/Covid-19 na 4-6 maanden snel afneemt. Bescherming tegen besmettelijkheid (in plaats van tegen ziekte) is nog sterker afhankelijk van hoge afweer reacties en zal dus *sneller* afnemen dan bescherming tegen ziekte. Omdat wij in januari zijn begonnen met vaccineren (8 maanden geleden) ligt het effect van vaccinatie op besmettelijkheid in de Nederlandse populatie daarom vandaag lager dan de 30-60% die wordt geschat in de studies.
- Alle gepubliceerde onderzoeken naar besmettelijkheid werden verricht toen de 'wild type' (oorspronkelijke SARS-CoV-2 variant uit Wuhan) en/of alfa variant (voorheen 'Britse variant'/B.1.1.7) dominant waren. Inmiddels zijn beide varianten uit Nederland verdwenen en is de delta variant (voorheen 'Indiase variant'/B.1.617.2) in Nederland verantwoordelijk voor meer dan 90% van de gevallen van Covid-19. Verschillende studies hebben aangetoond dat vaccinatie minder goede bescherming geeft tegen *ziekte* door de delta variant. Het is niet bekend in welke mate vaccinatie nog bescherming geeft tegen *besmettelijkheid* bij infectie met de delta variant. Echter het kan wel worden gesteld dat dit lager zal zijn dan bij de wild-type en alfa variant, omdat ook hier bescherming tegen *besmettelijkheid* naar verwachting eerder afneemt dan bescherming tegen *ziekte*.

Concluderend, het initiële effect van vaccinatie ter voorkomen van besmettelijkheid (in april/mei) lag waarschijnlijk ergens tussen 30% en 60% (hoewel het dankzij de kwaliteit van de beschikbare studies ook significant lager zou kunnen zijn geweest), echter deze bescherming is in de afgelopen maanden al afgenomen in Nederland vanwege dalende afweer én het ontstaan van nieuwe varianten. De bescherming tegen besmettelijkheid doormiddel van een negatieve test ligt in ieder geval ruim boven de 60% en zal in alle gevallen hoger liggen dan bij vaccinatie. Verder zal, in tegenstelling tot vaccinatie, de bescherming tegen besmettelijkheid van een negatieve test niet afnemen naar verloop van tijd, én zal deze niet afhankelijk zijn van de prevalentie van nieuwe virus varianten.

Auteur: Dr. Jona Walk, arts in opleiding tot internist

In januari 2021 gepromoveerd aan de Radboud Universiteit op immunologie en vaccins