



AUTORITEIT
PERSOONSGEGEVENS

Autoriteit Persoonsgegevens
Postbus 93374, 2509 AJ Den Haag
Bezuidenhoutseweg 30, 2594 AV Den Haag
T 070 8888 500 - F 070 8888 501
autoriteitpersoonsgegevens.nl

De Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
De heer H.M. de Jonge
Postbus 20350
2500 EJ Den Haag

Datum
18 maart 2021

Ons kenmerk
z2021-05145

Uw brief van
8 maart 2021

Contactpersoon
[REDACTED]
070 8888 500

Uw kenmerk
219360-1839987-PDC19

Onderwerp

Advies over het concept voor een wetsvoorstel Tijdelijke wet testbewijzen covid-19
'vastgesteld en per e-mail toegezonden op 15 maart 2021'

Geachte heer de Jonge,

Bij brief van 8 maart 2021 is de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) op grond van het bepaalde in artikel 36, vierde lid, van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG), geraadpleegd over het concept voor een wetsvoorstel Tijdelijke wet testbewijzen covid-19 (hierna: het concept).

De AP heeft een aantal opmerkingen bij het concept en adviseert daarmee rekening te houden.

Hoofdpijn

Het wetsvoorstel beoogt beperkt te zijn tot verplicht gebruik van testbewijzen in een aantal specifieke sectoren. Over het voeren van onverplicht toegangsbeleid op grond van toestemming in andere sectoren wordt dan ook niets geregeld. In de praktijk zal aan het voeren van onverplicht toelatingsbeleid wel veel behoefte bestaan die feitelijk ook zal worden gefaciliteerd door terbeschikkingstelling van applicaties. Toestemming zal in deze context echter vaak problematisch zijn, zodat het risico op het faciliteren van onrechtmatige verwerkingen reëel is. Dat geldt des te sterker voor de beoogde toestemming van medewerkers. De AP adviseert dit in de toelichting en bij terbeschikkingstelling van de applicaties zorgvuldig en nadrukkelijk uiteen te zetten. Daarnaast geeft de AP in overweging bij onverplicht toelatingsbeleid gebruik van de veilige en dataminimale infrastructuur die beschikbaar is ook te



Datum
18 maart 2021

Ons kenmerk
z2021-05145

verplichten. Onverplicht toelatingsbeleid in essentiële sectoren moet tenslotte zo goed mogelijk worden uitgesloten.

Daarnaast maakt de AP onder andere opmerkingen over gelijkstelling met het vaccinatiebewijs, de identificerende gegevens en de bewaartermijn.

Strekking van het concept

Inzet van testbewijzen heeft als doel om bij het tegengaan van de verspreiding van het coronavirus onderdelen van de samenleving te kunnen heropenen of geopend te kunnen houden. Het testbewijs bestaat uit een QR code waarin de testuitslag en enkele summierere persoonsgegevens zijn verwerkt. Degene die toegang wenst kan zijn QR code laten scannen door degene die toegang verleent. Dan blijkt kortstondig of er al dan niet een geldig testresultaat is, tegelijk met summierere identificerende gegevens. Het wetsvoorstel voorziet in de verplichting het testbewijs te controleren voordat toegang wordt verleend tot bepaalde niet essentiële voorzieningen. Het gaat dan om sport- en jeugdactiviteiten, culturele instellingen, evenementen, restaurants en overige horeca. Daarnaast kan het middelbaar beroepsonderwijs (mbo) en het hoger onderwijs (ho) via een algemene maatregel van bestuur worden aangewezen om via testbewijzen meer fysiek onderwijs mogelijk te maken. De feitelijke uiteindelijke inzet zal nog afhangen van aspecten als de epidemiologische situatie, geldende maatregelen ter bestrijding van de epidemie, praktische uitvoerbaarheid en de beschikbaarheid van testen en testlocaties. Het concept beoogt daarbij opvolging te geven aan eerdere adviezen van de SER en van de Gezondheidsraad.

Medewerkers in deze sector kunnen volgens de toelichting om proportionaliteitsredenen niet op grond van dit wetsvoorstel verplicht worden om een testbewijs te tonen. Het concept bevat ook een voorziening om bij regeling in plaats van een recente negatieve testuitslag ook een vaccinatiebewijs in deze systematiek op te kunnen nemen, zodra duidelijk is dat gevaccineerd zijn uit oogpunt van besmettingsrisico vergelijkbaar is met een testresultaat. Van de gelegenheid wordt daarnaast gebruik gemaakt om de algemene wettelijke bewaartermijn voor de medische dossiers te verkorten voor zover die alleen bestaan vanwege een testuitslag. Het concept houdt nog geen rekening met een Europees testbewijs dat bedoeld is om het reizen te faciliteren, nu dit voorstel nog niet bekend is.

Advies

1. Reikwijdte wetsvoorstel en onverplicht toelatingsbeleid

Zowel de applicatie voor het genereren van het testbewijs in de vorm van een QR code (*Corona Check*) als de applicatie voor het betrouwbaar tonen van het bewijs (*Corona CheckScanner*) worden door de minister voor iedereen kosteloos ter beschikking gesteld via de App Store van Apple en de Google Play Store.¹

¹Toelichting, art.gew. bij art 58rd.



Datum
18 maart 2021

Ons kenmerk
z2021-05145

De reikwijdte van het wetsvoorstel is beperkt tot situaties waarbij het tonen van een testbewijs wettelijk verplicht wordt voor toegang tot bepaalde voorzieningen in niet-essentiële sectoren ('sociale gelegenheden') en delen van het onderwijs. Het wetsvoorstel laat de mogelijkheden om onverplicht toelatingsbeleid te voeren echter nadrukkelijk onverlet. Private partijen hebben, aldus de toelichting, geen wettelijke grondslag nodig om een toelatingsbeleid te voeren en op basis daarvan klanten of bezoekers te weigeren zo lang dat, kort gezegd, niet in strijd komt met het discriminatieverbod en geschiedt op basis van vrijelijk gegeven toestemming.²

De AP acht dit op zichzelf juist, evenals de constatering in de toelichting dat ook in geval van onverplicht toelatingsbeleid het bij gebruik van het testbewijs om verwerking van bijzondere persoonsgegevens gaat waarvoor dus een uitzonderingsgrond als bedoeld in artikel 9 AVG beschikbaar moet zijn.³ Als het voeren van toegangsbeleid wettelijk verplicht is, zijn andere grondslagen en uitzonderingen van toepassing en is toestemming niet nodig.⁴ In de praktijk betekent dit dus dat het onverplicht voeren van toelatingsbeleid niet mag, tenzij sprake is van vrijelijk gegeven uitdrukkelijke toestemming door degene die de toegang verlangt aan degene die het toegangsbeleid voert. Aannemelijk is daarbij dat er in allerlei sectoren grote behoefte zal bestaan aan het (onverplicht) voeren van toelatingsbeleid omdat daarmee een veilige(r) omgeving geboden kan worden aan werknemers en bezoekers / klanten. In combinatie met kosteloze en eenvoudige beschikbaarheid van goed doordachte standaardapplicaties kan dit leiden tot een omvangrijke praktijk van inzet van wettelijke testbewijzen ten dienste van onverplicht toelatingsbeleid.

De AP maakt daarover drie opmerkingen.

(1.) Vrijelijkheid uitdrukkelijke toestemming

De enkele mededeling in de toelichting dat vrijelijk gegeven uitdrukkelijke toestemming het beginselverbod op verwerking van bijzondere persoonsgegevens kan opheffen is op zichzelf wel juist, maar miskent dat hier in de praktijk een belangrijk en lastig vraagstuk achter schuilgaat dat niet losgezien kan worden van de reikwijdte van dit wetsvoorstel en de feitelijke terbeschikkingstelling van de applicaties. Van degene die onverplicht toegangsbeleid voert wordt immers geëist dat hij in elk concreet geval in kan staan voor de vrijelijkheid van de toestemming.⁵ Het niet krijgen van toegang zal daarbij in veel gevallen gezien moeten worden als een nadeel dat afbreuk doet aan de vrijelijkheid. Deze beoordeling is naar zijn aard feitelijk en casuïstisch van aard, maar zal in veel gevallen moeten uitwijzen dat er geen ruimte is voor onverplicht toelatingsbeleid en dus ook niet voor gebruik van het testbewijs.⁶ Daar komt bij dat naar mate meer organisaties toelatingsbeleid gaan voeren de ruimte voor vrije keuze en dus de ruimte voor het voeren van onverplicht toelatingsbeleid steeds verder afneemt.

² Toelichting, par. 3.

³ Toelichting, par. 3

⁴ Artikel 6, eerste lid, onder c, en onder e, van de AVG, art 9, tweede lid, onder i, van de AVG.

⁵ Toelichting, Par 3. Artikel 7 AVG.

⁶ Zie in dit verband in het bijzonder overweging 42 bij de AVG over nadelige gevolgen die de vrijelijkheid kunnen ontnemen aan de toestemming, het zgn. 'koppelverbod' in artikel 7, vierde lid, AVG en de guideline van de EDPB over 'consent':

https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf



Datum
18 maart 2021

Ons kenmerk
z2021-05145

De minister wordt voor alle verwerkingen van (bijzondere) persoonsgegevens via de applicaties door de wetgever aangewezen als verwerkingsverantwoordelijke.⁷ De AP onderschrijft deze op zichzelf heldere verantwoordelijkheidstoedeling, maar merkt op dat door algemene beschikbaarstelling van de applicaties zonder nadere waarborgen de minister geen zicht heeft op de vraag of bij onverplicht toelatingsbeleid het gebruik van de applicaties wel wordt geschraagd door vrijelijk gegeven uitdrukkelijke toestemming. Er ontstaat zo dus een risico dat de minister ongemerkt onrechtmatige verwerkingen faciliteert.

Dit geldt nog sterker ten aanzien van de medewerkers; het wetsvoorstel kan testen van medewerkers niet verplichten, maar de toelichting stelt wel dat uit de Fieldlabs gebleken zou zijn dat medewerkers 'in hoge mate bereid zijn zich vrijwillig te laten testen'.⁸ De AP wijst er op dat geldige toestemming in de zin van de AVG in een afhankelijkheidsrelatie zoals hier doorgaans aan de orde zal zijn in de praktijk vrijwel uitgesloten moet worden geacht.⁹ Dat betekent dat zich vaak de situatie voor zal doen waarin de medewerkers juist niet getest zijn, terwijl alle bezoekers dat verplicht wel zijn.

De AP adviseert:

- in de toelichting zorgvuldig uiteen te zetten wat de beperkingen zijn aan de mogelijkheden om op basis van toestemming testbewijzen te benutten, in het bijzonder waar het gaat om medewerkers uit deze sectoren;
- bij het ter beschikking stellen van de applicatie ten behoeve van onverplicht toelatingsbeleid de beperkingen aan het benutten van de vrijelijkheid van de toestemming nadrukkelijk te benoemen.

(2.) Verplicht gebruik van de applicaties bij onverplicht toelatingsbeleid

Voor zover het vrijwillig voeren van toelatingsbeleid in een bepaald geval verenigbaar is met vrijelijkheid van de toestemming doemt de vraag op of degene die dat vrijwillige toegangsbeleid voert ook de vrijheid moet hebben om de vorm waarin beschikbaarheid van testresultaten wordt gecontroleerd zelf te bepalen. Het wetsvoorstel gaat daar nu wel van uit. Het *moeten* gebruiken van een wettelijk gereguleerde betrouwbare structuur, zoals de betrokken applicaties, kan uit oogpunt van persoonsgegevensbescherming echter goed verdedigbaar of zelfs noodzakelijk zijn, ook in gevallen waarin op zichzelf geen verplichting geldt om toegangsbeleid te voeren. Ook dan is de veiligheid en betrouwbaarheid van de daarvoor nodige uitwisseling van bijzondere persoonsgegevens immers van groot belang. Daarbij gaat het potentieel om veel en veel verschillende ondernemers en organisaties die normaal gesproken geen bijzondere persoonsgegevens verwerken. Uit oogpunt van dataminimalisatie is een testbewijs waarbij door middel van een QR code op een goed beveiligde manier slechts de testuitslag en de summere identificerende gegevens worden verschaft naar alle waarschijnlijkheid te verkiezen boven andere systemen.

De AP ziet in deze specifieke context aanleiding om te stellen dat ook in geval van onverplicht toelatingsbeleid het waarborgen dat betrouwbare infrastructuur die voldoet aan vereisten van dataminimalisatie beschikbaar is en wordt gebruikt op de weg van de wetgever zou kunnen liggen.

⁷ Artikel 58rd, vijfde lid, van het concept.

⁸ Toelichting, par. 2.2.

⁹ Zie ook guideline van de EDPB over 'consent':

https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf genoemd in voetnoot 6.



Datum
18 maart 2021

Ons kenmerk
z2021-05145

Bovendien kunnen zo ongewenste ontwikkelingen in de markt, zoals het ontstaan van grote gevoelige datasets met alle risico's van dien, worden tegengegaan.

De AP geeft in overweging te bezien of het wenselijk is het wetsvoorstel zodanig aan te vullen dat ook bij het voeren van onverplicht toegangsbeleid de wettelijk gereguleerde infrastructuur voor testbewijzen benut moet worden.

(3.) Vrijelijke toestemming en essentiële sectoren

Het wetsvoorstel wordt van toepassing op een aantal sectoren waardoor in elk geval voor deze categorieën 'sociale gelegenheden' duidelijk wordt dat deze gezien worden als niet-essentieel. Daarmee is nog niets gezegd over de status van andere sectoren. De AP heeft er begrip voor dat een sluitende indeling van sectoren in wel- en niet-essentieel een lastige opgave is. Dat neemt echter niet weg dat het uit oogpunt van duidelijkheid over de mogelijkheden van onverplicht toelatingsbeleid wenselijk is zoveel mogelijk aan te geven welke sectoren wel en welke sectoren niet als essentieel moeten worden aangemerkt. Er is hier een duidelijk verband met de vrijelijkheid van de toestemming in de zin van de AVG: in een essentiële sector is geen ruimte voor vrijelijk gegeven toestemming, in de niet-essentiële sectoren is ruimte voor beoordeling daarvan door de verantwoordelijke organisatie of onderneming. Onduidelijkheid op dit punt in combinatie met de naar verwachting breed levende behoefte aan het voeren van toelatingsbeleid kan er echter makkelijk toe leiden dat organisaties in door velen als essentieel beschouwde sectoren toch de ruimte hebben of nemen om over te gaan tot onverplicht toegangsbeleid. Waar er over een gemeentehuis of een ziekenhuis of doorgaans wel consensus zal bestaan dat er sprake is van een essentiële sector, zijn er ook talloze organisaties en bedrijven waarover discussie kan zijn zoals bijv. over apotheken, notariskantoren, supermarkten, garages enz.

De AP adviseert zo duidelijk mogelijk aan te geven welke sectoren essentieel zijn en welke niet en het voeren van toelatingsbeleid in essentiële sectoren te verbieden, tenzij dit wettelijk is verplicht.

2. Naast testuitslag ook vaccinatiebewijs

Hoewel de bepalingen van het wetsvoorstel toegeschreven zijn op testuitslagen en testbewijzen is een ontwikkeling van deze systematiek waarbij een testbewijs ook een bewijs van vaccinatie kan zijn zeker niet uitgesloten. Zo wordt nadrukkelijk voorzien in de mogelijkheid om vaccinatiebewijzen gelijk te stellen met negatieve testuitslagen.¹⁰ Omdat momenteel nog onduidelijk is of een vaccinatie voldoende van invloed is op het risico om een ander te besmetten kan dat nu nog niet. De toelichting noemt daarnaast de mogelijkheid dat kan blijken dat testen bij gevaccineerden positieve uitslagen geven, terwijl zij niet of beperkt besmettelijk zijn. In dat geval zal het zelfs noodzakelijk zijn om een vaccinatiebewijs in plaats te kunnen stellen van een testuitslag.¹¹

De AP heeft begrip voor de behoefte om op deze mogelijke ontwikkeling te anticiperen, maar merkt op dat het gaat om een ingrijpende en potentieel omstreden uitbreiding van de systematiek. Op termijn zal

¹⁰ Artikel 58re

¹¹ Toelichting, artikelsgew. bij art 58re.



Datum
18 maart 2021

Ons kenmerk
z2021-05145

immers de situatie kunnen ontstaan dat de meerderheid van de 'test'bewijzen niet is gebaseerd op een testuitslag, maar op een vaccinatiebewijs. Als dit wetsvoorstel is gepasseerd kan deze uitbreiding bij eenvoudige ministeriële regeling tot stand worden gebracht. In presentatie en bewoordingen neemt dit (mogelijke) toekomstperspectief als gevolg van de aanpak 'gelijkstelling' een relatief bescheiden plek in. De afweging of de uitbreiding evenredig is met het nagestreefde doel wordt immers bij deze gelegenheid gemaakt.¹²

De AP adviseert ofwel te zijner tijd in een apart wetsvoorstel te voorzien in deze uitbreiding ofwel in dit wetsvoorstel recht te doen aan het belang daarvan door een algemene maatregel van bestuur voor te schrijven en in het algemeen deel van de toelichting uitvoerig(er) in te gaan op dit perspectief.

3. Identificerende gegevens

In de QR code worden ook persoonsgegevens opgenomen die bij het controleren van het testbewijs met de applicatie CoronaCheck Scanner kortstondig zichtbaar zullen zijn. In combinatie met een identiteitsbewijs kan zo worden nagegaan of de testuitslag betrekking heeft op de persoon die het testbewijs toont. Uit de toelichting volgt dat gedacht wordt aan summierere gegevens, bijvoorbeeld de initialen en de geboortedagen en maand.

De AP onderschrijft de inzet op zo summier mogelijke verstrekking zoals die uit de toelichting blijkt, maar constateert dat de wetstekst op dit punt geen beperkingen bevat. Nu het grotendeels om toegang tot niet essentiële voorzieningen gaat is aannemelijk dat ook ten tijde van het vaststellen van de wetstekst al kan worden bepaald met welke gegevens kan worden volstaan.

De AP adviseert de summierere set identificerende gegevens zo mogelijk bij wet vast te leggen of anders het summierere karakter van de uiteindelijke set expliciet te waarborgen.

4. Bewaartermijnen

Van de gelegenheid wordt gebruik gemaakt om de algemene wettelijke bewaartermijn voor de medische dossiers te verkorten voor zover die alleen bestaan vanwege een testuitslag. Deze dossiers krijgen een aparte, kortere bewaartermijn die bij regeling zal worden vastgesteld, maar niet langer zal mogen zijn dan vijf jaar.¹³ Uit de toelichting blijkt dat bij het bepalen van de bewaartermijn ook rekening gehouden wordt met het belang van dossiers voor het toezicht op de kwaliteit van de zorg en dat gedacht wordt aan een termijn van zes maanden voor negatieve uitslagen en een jaar voor positieve uitslagen.¹⁴

¹² Artikel 6, derde lid, AVG.

¹³ Artikel II van het concept.

¹⁴ Toelichting, par. 4.4.



Datum
18 maart 2021

Ons kenmerk
z2021-05145

De AP heeft begrip voor de behoefte aan enige flexibiliteit op dit punt, maar merkt wel op dat er opvallend veel verschil is tussen het voorgestelde maximum van vijf jaar en de voornemens zoals verwoord in de toelichting.

De AP adviseert een zo veel lagere maximale bewaartermijn in de wet op te nemen als verantwoord is, gelet op de voornemens met een behoedzame marge.

5. Overige opmerkingen

In artikel 58rd, negende lid, wordt de minister verplicht informatie toegankelijk te maken op het punt van rechten van betrokkenen - waaronder het kunnen indienen van een klacht bij de AP - en transparantie over de verwerking.

De AP wijst er op dat hoofdstuk III van de AVG en dan in het bijzonder artikel 12, eerste lid, AVG op dit punt al bepalingen bevat waarmee dit artikel grotendeels een doublure oplevert. De AP adviseert dit lid te schrappen.

Artikel II, onder b, bevat de verplichting dossiers te vernietigen. In de voorgestelde tekst is het de AP niet geheel duidelijk waarom het moment van inwerkingtreding van het artikel van belang is voor het moment waarop vernietigd moet worden. De AP adviseert dit te verhelderen.

De AP is slechts bevoegd voor advisering over dit wetsvoorstel voor zover het Europees Nederland betreft. Mogelijk ten overvloede geeft zij in overweging ook de Commissie toezicht bescherming persoonsgegevens BES op de voet van artikel 49 van de Wet bescherming persoonsgegevens BES om advies te vragen.

Openbaarmaking van het advies

De AP is voornemens dit advies na vier weken openbaar te maken op de website www.autoriteitpersoonsgegevens.nl of, in overleg, zoveel eerder als wenselijk.

Hoogachtend,
Autoriteit Persoonsgegevens,

Bestuurslid