

PELS RIJCKEN

Notitie

voor Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
van
datum 12 augustus 2020
inzake Juridische analyse - advies Autoriteit Persoonsgegevens inzake de DPIA van de CoronaMelder
zaaknr 11014156

Managementsamenvatting

De Autoriteit Persoonsgegevens ("AP") heeft bij advies van 6 augustus jl. de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport ("minister") laten weten dat zij van oordeel is dat minister niet zou moeten starten met de inzet van de CoronaMelder. Naar oordeel van de AP leidt het gebruik van de app in zijn huidige vorm en toepassing tot een inbreuk op het bepaalde in achtereenvolgens artikel 5 AVG (de zgn. gegevensverwerkingsbeginselen), artikel 6 AVG (het grondslagvereiste), artikel 9 AVG (de doorbreking van het verwerkingsverbod voor gezondheidsgegevens), artikel 32 AVG (beveiliging) en artikel 35 AVG (het DPIA-vereiste).

U heeft ons gevraagd om het advies van de AP te beoordelen en te analyseren. Wij beperken ons daarbij tot de juridische conclusies van de AP. De juistheid van de technische conclusies of aanbevelingen van de AP valt uitdrukkelijk buiten de reikwijdte van deze beoordeling.

In dit advies stellen wij voorop dat het advies van de AP nuttige inzichten heeft opgeleverd en bovendien diverse technische en organisatorische aanbevelingen bevat die buitengewoon behulpzaam zijn gebleken om te komen tot een nog betere waarborging van de rechten en vrijheden van gebruikers van de app. Dit heeft reeds geresulteerd in het aanpassen van de door de minister opgestelde DPIA.

Hoewel het advies van de AP aldus zeker een meerwaarde biedt voor de voltooiing van de app, zijn er naar ons oordeel belangrijke kanttekeningen te plaatsten bij enkele van de conclusies waartoe de AP in haar advies is gekomen. Kort en goed achten wij de volgende onderdelen van het advies niet zonder meer overtuigend.

(a) Het karakter van het advies van de AP

De AP merkt ten onrechte haar advies aan als een advies op voorafgaande

raadpleging als bedoeld in artikel 36, eerste lid, AVG. In zijn brief van 23 juli jl. aan de AP heeft de minister uiteengezet dat uit de door de minister verrichte DPIA is gebleken dat de desbetreffende verwerkingsactiviteiten, gelet op de waarborgen waarin bij het ontwerp van de app is voorzien, géén hoge risico's inhouden voor de rechten en vrijheden van de gebruikers. Er was derhalve geen aanleiding tot een verzoek om een voorafgaande raadpleging, in de zin van artikel 36, eerste lid, AVG.

Het is de vraag of artikel 36 AVG de toezichthouder de ruimte biedt om dit verzoek ambtshalve, en in afwijking van wat de minister daarover heeft uiteengezet, op te vatten als een verzoek voorafgaande raadpleging. Onduidelijk is ook wat daarvan, naar het oordeel van de AP, de implicaties zijn. Het ligt in de rede dat de minister de AP vraagt een en ander op te helderen.

(b) Verwerkingsgrondslag

De AP stelt zich ten onrechte en ongemotiveerd in haar advies op het standpunt dat uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene géén passende wettelijke waarborg kan vormen voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens middels de app. In de huidige context en gezien de instellingen van de app, komt het ons voor dat uitdrukkelijke toestemming wel degelijk een toereikende wettelijke grondslag kan bieden voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens, zowel in het kader van de aanstaande proef als de landelijke uitrol van de app. Het standpunt van de AP dat toestemming geen passende verwerkingsgrondslag kan bieden, roept ook vragen op in het licht van ontwikkelingen elders in de Europese Unie. Zowel de Europese Commissie als de European Data Protection Board hebben expliciet onderkend dat uitdrukkelijke toestemming wél een rechtsgeldige grondslag kan vormen voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens door middel van een notificatieapp. Ook diverse EU-lidstaten (waaronder Duitsland en Ierland), alsmede het Verenigd Koninkrijk hebben een notificatieapp ontwikkeld waarbij de verwerking van eventuele bijzondere persoonsgegevens is gebaseerd op uitdrukkelijke toestemming van de gebruiker. Onduidelijk is waarom de situatie, in termen van de AVG, in Nederland zodanig afwijkt dat voor de verwerkingen in het kader van de CoronaMelder géén gebruik kan worden gemaakt van de toestemming van de gebruiker.

(c) Beoordeling van de noodzaak van de app

De AP ikt in haar advies betrekkelijk weinig aandacht te hebben voor de buitengewone omstandigheden die aanleiding waren voor de ontwikkeling van de app. Er is, volgens verschillende gezaghebbende bronnen, sprake van zwaarwegende en dringende redenen die noodzakelijk maken dat er, op korte termijn, effectieve maatregelen worden genomen om de pandemie te bestrijden.

(d) Google en Apple

In haar advies gaat de AP uitgebreid in op de onduidelijkheid over een mogelijke verwerkingsrol van Apple en Google. In dit advies en in de aangepaste DPIA wordt

nader toegelicht dat Google en Apple niet het doel en de middelen van de verwerking van de persoonsgegevens bepalen. Zij zijn aldus geen verwerkingsverantwoordelijken. Evenmin kwalificeren Apple en Google als verwerkers. Zoals bekend is er bij het ontwerp van het Exposure Notification framework/API, voor zorggedragen dat Apple en Google geen toegang (kunnen) verkrijgen tot de gegevens die betrekking hebben op de gebruikers (d.w.z. de gegevens in de app).

(e) Aanvullende documenten of aanscherping bestaande documenten

De AP is van oordeel dat een aantal juridische documenten moeten worden opgesteld of aangescherpt (waaronder de DPIA en een onderlinge regeling) om de rechtmatigheid van de verwerking van persoonsgegevens te borgen. De minister en de GGD-en hebben hier in het kader van de proef reeds uitvoering aan gegeven.

Gezien bovengenoemde kanttekeningen achten wij het advies van AP niet zonder meer overtuigend.

1 Inleiding

- 1.1 De minister heeft in de kamerbrieven van respectievelijk 6 en 19 mei 2020 aangekondigd een zogenaamde corona-app te ontwikkelen. Inmiddels wordt deze app aangeduid als de CoronaMelder ("**de app**"). De app betreft een aanvullend digitaal middel dat zal worden ingezet in aanvulling op het uitvoeren van het reguliere bron- en contactonderzoek van COVID-19-infecties door de gemeentelijke gezondheidsdiensten ("**GGD-en**"). Een belangrijk voordeel van het gebruik van de app is dat deze een besmet persoon in staat stelt om degenen met wie hij in contact is geweest snel te waarschuwen, ook als de desbetreffende besmette persoon niet de identiteit kent van diegenen met wie hij in contact is geweest.
- 1.2 Op 17 augustus 2020 wordt een proef gestart met de Corona-app.¹ Het doel van de proef is mede het testen van de functionaliteiten van de app en de gebruiksvriendelijkheid van de app. Het is de bedoeling dat de app vervolgens op 1 september landelijk wordt uitgerold.
- 1.3 Op 7 juli jl. is er een zogenoemde gegevensbeschermingseffectbeoordeling, als bedoeld in artikel 35, eerste lid, AVG, (doorgaans in het Engels aangeduid als Data Protection Impact Assessment of "**DPIA**") uitgevoerd op de gegevensverwerkingen die plaatsvinden in het kader van de inmiddels ontwikkelde app.
- 1.4 In de DPIA is beoordeeld wat de effecten zijn van deze gegevensverwerkingen. De conclusie van deze DPIA is dat deze verwerkingen géén hoge risico's inhouden voor de rechten en vrijheden van de gebruikers van de app. Voor zover er sprake zou kunnen zijn van dergelijke risico's, zijn er passende technische, organisatorische en andersoortige maatregelen genomen om deze te beperken, met als resultaat een

¹ Aan deze proef doen de volgende (publiekelijke) rechtspersonen mee: de GGD Drenthe; de GGD Gelderland-Zuid; GGD IJsselland; de GGD Noord- en Oost-Gelderland; de Regio Twente.

optimale waarborging van deze rechten en vrijheden. Deze conclusie is onderschreven door de Functionarissen Gegevensbescherming ("FG's") van het ministerie en de GGD-en, bij wie advies hierover is ingewonnen overeenkomstig het bepaalde in artikel 38, eerste lid, onderdeel c, AVG.

- 1.5 De minister heeft de DPIA aan de AP gestuurd. Gelet op de mogelijke maatschappelijke impact van de app, heeft de minister het wenselijk en nuttig gevonden dat ook de AP in staat werd gesteld haar oordeel over de app te geven. In aanvulling op toezending van de DPIA heeft de minister telefonisch en schriftelijk (onder meer bij brief van 23 juli 2020) enkele nadere vragen van deze toezichthouder over de DPIA beantwoord.
- 1.6 Op 6 augustus jl. heeft de AP bij brief laten weten dat zij het versturen van de DPIA heeft opgevat als een verzoek om voorafgaande raadpleging als bedoeld in artikel 36, eerste lid, AVG. In haar advies komt de AP tot de conclusie dat de minister niet zou moeten starten met de voorgenomen verwerking, omdat naar het oordeel van de AP het gebruik van de app in zijn huidige vorm en toepassing zou leiden tot een inbreuk op het bepaalde in achtereenvolgens artikel 5 AVG (de zgn. gegevensverwerkingsbeginselen), artikel 6 AVG (het grondslagvereiste), artikel 9 AVG (de doorbreking van het verwerkingsverbod voor gezondheidsgegevens), artikel 32 AVG (beveiliging) en artikel 35 AVG (het DPIA-vereiste).
- 1.7 De minister heeft ons gevraagd om het advies van de AP (juridisch) te beoordelen en te analyseren. In dit beknopte advies treft u onze bevindingen aan. Wij beperken ons daarbij tot de juridische conclusies van de AP. De juistheid van de technische conclusies of aanbevelingen van de AP valt uitdrukkelijk buiten de reikwijdte van deze beoordeling.

2 Juridische analyse van het advies van de AP

- 2.1 Wij stellen voorop dat het advies van de AP nuttige inzichten heeft opgeleverd en bovendien diverse technische en organisatorische aanbevelingen bevat die buitengewoon behulpzaam zijn gebleken om te komen tot een nog betere waarborging van de rechten en vrijheden van gebruikers van de app. De minister heeft nu al een deel van de technische en organisatorische aanbevelingen overgenomen, hetgeen heeft geresulteerd in een nieuwe versie van de DPIA voor de proef die van start gaat op 17 augustus.
- 2.2 Hoewel het advies van de AP aldus zeker een meerwaarde biedt – en heeft geboden – voor de voltooiing van de app, zijn er naar ons oordeel belangrijke kanttekeningen te plaatsen bij enkele van de conclusies waartoe AP in haar advies is gekomen. In het vervolg van deze notitie bespreken wij de onderdelen uit het advies die wij niet zonder meer overtuigend achten. Dit betreft (a) het karakter van het advies van de AP; (b) de verwerkingsgrondslag; (c) de beoordeling van de noodzaak van de app, (d) de rol van

Google en Apple en tot slot (e) de door AP gewenste aanscherping van de bestaande (juridische) documenten. Wij lichten onze kanttekeningen hieronder nader toe.

(a) Het karakter van het advies van de AP

- 2.3 De AP merkt haar advies aan als een advies op voorafgaande raadpleging als bedoeld in artikel 36, eerste lid, AVG. Dit komt ons niet juist voor. Uit artikel 36, eerste lid, AVG volgt dat verwerkingsverantwoordelijken – in het onderhavige geval zijn dat de minister én de GGD-en – gehouden zijn de AP een verzoek om voorafgaande raadpleging te doen als uit de door hen uitgevoerde DPIA blijkt dat een verwerking een hoog risico zou opleveren, voor zover geen maatregelen worden genomen het risico te beperken.
- 2.4 In zijn brief van 23 juli jl. aan de AP heeft de minister uiteengezet dat uit de door de minister verrichte DPIA is gebleken dat de desbetreffende verwerkingsactiviteiten, gelet op de waarborgen waarin bij het ontwerp van de app is voorzien, géén hoge risico's inhouden voor de rechten en vrijheden van de gebruikers. Er was derhalve geen aanleiding tot een verzoek om een voorafgaande raadpleging, in de zin van artikel 36, eerste lid, AVG. En, anders dan de AP in haar advies stelt maar verder niet toelicht of onderbouwt, heeft de minister dan ook uitdrukkelijk géén verzoek om voorafgaande raadpleging aan de toezichthouder gedaan.
- 2.5 De minister heeft de AP verzocht haar oordeel te geven over de DPIA. Het is de vraag of artikel 36 AVG de toezichthouder de ruimte biedt om dit verzoek ambtshalve, en in afwijking van wat de minister daarover heeft uiteengezet, op te vatten als een verzoek voorafgaande raadpleging. Onduidelijk is ook wat daarvan, naar het oordeel van de AP, de implicaties zijn. Het ligt in de rede dat de minister de AP vraagt een en ander op te helderen.

(b) Verwerkingsgrondslag

- 2.6 De AP stelt zich in haar advies op het standpunt dat de minister de verwerking van bijzondere persoonsgegevens in het kader van het gebruik van de app niet kan baseren op het bepaalde in de artikelen 3 en 7 van de Wet publieke gezondheid ('Wpg') jo. artikel 6, eerste lid, aanhef en onder e, AVG.
- 2.7 Uit de artikelen 3 en 7 Wpg en de toelichting daarop blijkt dat daarin is geregeld dat de minister de bevoegdheid heeft om leiding te geven aan de bestrijding van infectieziekten, zoals COVID-19. Wij begrijpen dat de AP zich op het standpunt stelt dat deze aan de minister toegekende publiekrechtelijke bevoegdheid te onbepaald is voor de beoogde verwerking van bijzondere persoonsgegevens door middel van de app. De AP stelt dat deze grondslag alsnog zou kunnen worden geëxpliciteerd in het beoogde nieuwe artikel 6d Wpg, dat in het conceptwetsvoorstel Tijdelijk wet notificatieapplicatie wordt voorgesteld. Voorwaarde is wel dat er passende wettelijke waarborgen worden getroffen in deze tijdelijke wet, zoals in elk geval met betrekking tot de tijdelijkheid van de app en een verbod op onvrijwillig gebruik ervan.

- 2.8 In het wetgevingstraject van de Tijdelijke wet notificatieapplicatie wordt, zo begrijpen wij, beoordeeld in hoeverre deze door de AP gedane suggesties aanleiding vormen om het wetsvoorstel in deze zin aan te passen. Vooruitlopend daarop ligt het dan in de rede om, zeker waar het gaat om de proef, de verwerking van bijzondere persoonsgegevens, in het uitzonderlijke geval dat daarvan sprake zou kunnen zijn, te baseren op de uitdrukkelijke toestemming van de gebruiker, als bedoeld in respectievelijk artikel 6, eerste lid, onderdeel a, alsmede artikel 9, tweede lid, onderdeel a, AVG en artikel 22, tweede lid, onderdeel a, van de Uitvoeringswet AVG ("**UAVG**").
- 2.9 In haar advies maakt de AP evenwel duidelijk dat, naar haar mening, géén gebruik kan worden gemaakt van de uitdrukkelijke toestemming van de gebruiker. De toezichthouder is van oordeel dat deze toestemming géén passende wettelijke grondslag kan vormen voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens bij gebruik van de app. Volgens de AP zou de inrichting van de app ertoe leiden dat de betrokkene onvoldoende controle kan uitoefenen over zijn of haar persoonsgegevens. Om dit te illustreren wijst de AP erop dat het voor de gebruiker niet mogelijk zou zijn om zijn toestemming in te trekken en vervolgens zijn persoonsgegevens te laten verwijderen of om bezwaar te maken tegen de verwerking van zijn persoonsgegevens. In haar advies verwoordt de AP dit als volgt:
- "Die [persoonsgegevens van de gebruiker] bevinden zich namelijk – gedurende 14 dagen na contact – in de app van andere gebruikers. Ook kan na de door de gebruiker ingevoerde melding over een coronabesmetting de gegevensverwerking via de backend server niet (meer) ongedaan worden gemaakt. Deze wordt nog minstens 24 uur na intrekking van de toestemming en/of verwijdering van de app verwerkt".²
- 2.10 Wij kunnen dit niet goed volgen. Wij stellen voorop, en herhalen, dat de app op een dusdanig wijze is ingericht (*privacy-by-design*) dat in verreweg de meeste fasen van de verwerking herleidbaarheid tot de persoon is uitgesloten. In zoverre is de grondslag uitdrukkelijke toestemming niet meer dan een vangnet voor het uitzonderlijke geval dat de gegevens die in het kader van het gebruik van de app worden verwerkt zouden kwalificeren als persoonsgegevens.
- 2.11 Voor zover uitdrukkelijk toestemming noodzakelijk is, omdat er op enig uitzonderlijk moment bijzondere persoonsgegevens worden verwerkt, is de app, voor zover wij hebben kunnen vaststellen, op een dusdanige wijze ingericht dat wordt voldaan aan de wettelijke vereisten die voor uitdrukkelijke toestemming gelden.³ In het bijzonder merken wij op dat het ontwerp van de app op verschillende manieren waarborgt dat de gebruiker zijn of haar toestemming vrijelijk kan geven, en dus niet daartoe wordt

² Wij benadrukken dat voor de app de volgende bewaartermijnen relevant zijn. De gegevens die gedurende de uitwisselingsfase worden uitgewisseld tussen de telefoons van gebruikers worden 14 dagen in de app bewaard. Voor zover in de validatiefase in het kader van een gevalideerde besmetting een autorisatiecode wordt gegenereerd, wordt de door GGD gegenereerde autorisatiecode 24 uur op de back-end-server bewaard. De TEKS en DK's en de eerste ziektedag die door middel van de autorisatiecode door de besmette gebruiker naar de back-end-server worden geüpload worden 24 uur op de back-end-server bewaard.

³ Van rechtsgeldige toestemming in de zin van de AVG is sprake indien de toestemming van de betrokkene (i) vrijelijk, (ii) specifiek, (iii) geïnformeerd en (iv) op een ondubbelzinnige wijze is verkregen. Zie art. 7 AVG en overw. 32, 42 en 42 uit de Preambule bij de AVG

gedwongen of verplicht. Allereerst is van belang dat de gebruiker de volledige vrijheid heeft om zelf ervoor te kiezen de app te installeren of om deze niet te installeren. Ook heeft de gebruiker in alle fasen van het gebruik van de app de mogelijkheid om zijn toestemming voor een bepaalde verwerking in te trekken en de app te verwijderen. Na het verlopen van de reguliere geautomatiseerde bewaartermijnen worden de gegevensverwerking beëindigd. De gebruiker kan er zelfs voor kiezen om na de validatie van zijn besmetting door de GGD af te zien van het uploaden van zijn TEKs/DKs naar de server.

- 2.12 Ook voorziet het ontwerp van de app erin dat de eventuele verzonden codes (na verloop van de reguliere bewaartermijnen) geautomatiseerd worden verwijderd.
- 2.13 Bovendien is van belang dat er, voor zover wij overzien, voor de gebruiker géén nadelige gevolgen zijn als hij of zij ervoor kiest om de app niet te installeren, een reeds gerealiseerde installatie ongedaan te maken of om de app in een latere fase te gaan gebruiken. Ook de AP noemt in haar advies niet welke nadelige gevolgen de gebruiker zou kunnen ondervinden indien de gebruiker ervoor kiest om geen gebruik (meer) te maken van de app. Verder kan erop worden gewezen dat in de Tijdelijke wet notificatieapp een verbod wordt opgenomen voor publieke en private instellingen om het gebruik van de app te verplichten.
- 2.14 Het standpunt van de AP dat toestemming geen passende verwerkingsgrondslag kan bieden, roept ook vragen op in het licht van ontwikkelingen elders in de Europese Unie. Zowel de Europese Commissie als de European Data Protection Board hebben expliciet onderkend dat uitdrukkelijke toestemming wél een rechtsgeldige grondslag kan vormen voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens door middel van een notificatieapp. Wij wijzen er bovendien op dat verschillende EU-lidstaten een vergelijkbare notificatieapp hebben ontwikkeld, of aan het ontwikkelen zijn, waarbij de verwerking van eventuele bijzondere persoonsgegevens is gebaseerd op uitdrukkelijke toestemming van de gebruiker, als bedoeld in artikel 9, tweede lid, onderdeel a, AVG. Het gaat dan onder andere om Duitsland, het Verenigd Koninkrijk⁴ en Ierland.⁵ Onduidelijk is waarom de situatie, in termen van de AVG, in Nederland zodanig afwijkt dat voor de verwerkingen in het kader van de CoronaMelder géén gebruik kan worden gemaakt van de toestemming van de gebruiker. Ook wat dat betreft zou de AP kunnen worden gevraagd om haar standpunt te verduidelijken.
- 2.15 Ook de door AP gelegde relatie tussen enerzijds de gestelde onmogelijkheid om de verwerking te baseren op de toestemming van de gebruiker en anderzijds de uitoefening van het recht op wissing van artikel 17, eerste lid, AVG, roept vragen op die vooralsnog onbeantwoord zijn. Er kan, zoals al eerder gezegd, allereerst op worden gewezen dat in de fases voorafgaand aan de validatiefase VWS, noch de GGD de technische mogelijkheid hebben om toegang te verkrijgen tot de

⁴ <https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/2617676/ico-contact-tracing-recommendations.pdf>.

⁵ <https://github.com/HSEIreland/covidtracker/documentation/blob/master/documentation/privacy/Data%20Protection%20Impact%20Assessment%20for%20the%20COVID%20Tracker%20App%20-%2026.06.2020.pdf>

persoonsgegevens. Het voorgaande maakt dat er überhaupt geen uitvoering kan worden gegeven aan de AVG-rechten van de betrokkene (art. 15 t/m 20 AVG). Van belang daarbij is dat zolang de gebruiker niet in contact is gekomen met een besmet persoon of er niet mee heeft ingestemd om gegevens te verstrekken aan de backend server, VWS en de GGD-en in het geheel geen (persoons)gegevens van die gebruiker verwerken. In dergelijke gevallen worden de gegevens slechts lokaal op de smartphone verwerkt, en mist hoofdstuk 3 AVG ten aanzien van VWS en de GGD-en toepassing. De TEKS/DKS kunnen pas kwalificeren als bijzondere persoonsgegevens op het moment dat de GGD de besmetting van de gebruiker heeft gevalideerd.

- 2.16 In aanvulling daarop is niet zonder betekenis dat het zowel voor de minister als voor de GGD, voorafgaand aan de validatiefase en na het uploaden van de TEKS/DKS in de validatiefase, niet mogelijk is om te achterhalen welke codes op de besmette gebruiker betrekking hebben. In haar advies lijkt de AP voorbij te gaan aan het bepaalde in artikel 11, tweede lid, AVG. Op grond daarvan is er, in de situatie waarin een verwerkingsverantwoordelijke – d.w.z. de minister of de GGD – niet in staat is om een betrokkene te identificeren, géén aanleiding is en evenmin een gehoudenheid is om uitvoering te geven aan de rechten van artikelen 15 t/m 20 AVG. Onduidelijk is dan in hoeverre er, na het uploaden van de TEKS/DKS op de server de GGD-en, het wissingsrecht van artikel 17 AVG van toepassing is. In het verlengde daarvan rijst de vraag in hoeverre deze uitzonderings situatie als beschreven in artikel 11, tweede lid, AVG kan afdoen aan de mogelijkheden van de gebruiker om in vrijheid zijn of haar toestemming te geven voor de verwerking van zijn of haar gegevens.

Over het wissingsrecht kan verder nog worden opgemerkt dat dit recht in uitzonderlijke gevallen mogelijk zou kunnen herleven, namelijk als door aanvullende gegevens van de betrokkene het toch mogelijk zou zijn om de geüploade gegevens te herleiden tot een individuele gebruiker. Wij menen echter dat de huidige instellingen van de app ook dan zonder meer voldoet aan de verplichting om 'zonder onredelijke vertraging' tot verwijdering over te gaan. De app is immers zo ingesteld dat de TEKS automatisch worden verwijderd van de backend server. Ook de RPIs/contactcodes die zijn opgeslagen op de smartphones van derden worden automatisch – na 14 dagen – verwijderd.

- 2.17 Ten slotte kan er nog op worden gewezen dat artikel 23 AVG en 41 UAVG voorzien in uitzonderingen op onder andere het wissingsrecht, die in voorkomend geval ook van toepassing zouden kunnen zijn. Ook in dit licht is onduidelijk waarom de veronderstelde onmogelijkheid om gebruik te maken van het wissingsrecht af zou kunnen doen aan de mogelijkheid van de gebruiker om in vrijheid toestemming te geven.
- 2.18 Een en ander doet in belangrijke mate af aan de overtuigingskracht van het standpunt in het advies van de AP dat uitdrukkelijke toestemming geen passende wettelijke grondslag kan vormen. In de huidige context en gezien de instellingen

van de app, komt het ons voor dat uitdrukkelijke toestemming wel degelijk een toereikende wettelijke grondslag kan bieden voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens, zowel in het kader van de aanstaande proef als de landelijke uitrol van de app.

(c) Beoordeling van de noodzaak van de app

- 2.19 De AP heeft in haar advies betrekkelijk weinig aandacht voor de buitengewone omstandigheden die aanleiding vormen voor de ontwikkeling en de inzet van de app. Er is, volgens verschillende gezaghebbende bronnen, sprake van zwaarwegende en dringende redenen die noodzakelijk maken dat er, op korte termijn, effectieve maatregelen worden genomen om de pandemie te bestrijden. In deze notitie kan worden volstaan met de vaststelling dat het OMT recentelijk nog zijn zorgen heeft uitgesproken over de toename van het aantal bevestigde COVID-19-infecties.
- 2.20 Deze verontrustende trend zet de capaciteit voor de GGD om het reguliere bron- en contactonderzoek uit te voeren onder druk. Er is daarbij, mogelijk als gevolg van de eerdere versoepeling van de maatregelen, sprake van een toename van het aantal contacten per besmet persoon. Een bron- en contactonderzoek kost daarmee inmiddels volgens de GGD gemiddeld meer dan 12 uur. De GGD-en zien zich daardoor genoodzaakt om wekelijks hun capaciteit op te schalen en ook de GGD GHOR – de koepelorganisatie van 25 GGD's – heeft op 5 augustus haar zorgen uitgesproken dat bij een doorlopende trend de maximale capaciteit (70.000 testen en 3000 onderzoeken per dag) langzaam in zicht komt. Enkele regio's, waaronder Rotterdam, kunnen niet meer zonder de hulp van andere regio's.⁶
- 2.21 In meer algemene zin ligt in de rede dat bij de beoordeling van de noodzakelijkheid om de app in gebruik te nemen ook oog bestaat voor de ernstige gevolgen die COVID-19 heeft voor de volksgezondheid, de samenleving en de economie. De verwachting van de minister, gebaseerd op verschillende wetenschappelijke onderzoeken, is dat de app een substantiële bijdrage kan leveren aan de bestrijding van de pandemie. Zelfs als het gebruik van de app zou leiden tot enige verbetering van de effectiviteit van het bron- en contactonderzoek, zou dit, gelet op de omvang en ernst van de nadelige gevolgen van de pandemie, een valide overweging zijn om de app in gebruik te nemen.

(d) Google en Apple

- 2.22 In haar advies gaat de AP uitgebreid in op de onduidelijkheid over een mogelijke verwerkingsrol van Apple en Google. Enige verduidelijking kan hier behulpzaam zijn.
- 2.23 Apple en Google treden op als leveranciers van het Exposure Notification framework/API, dat de technische basis vormt voor de uitwisseling van nabijheidsgegevens via Bluetooth Low Energy. Google en Apple hebben (technische) voorwaarden gesteld aan het gebruik van het Exposure Notification framework/API

⁶ Zie NOS, 'GGD-onderzoek onder druk: 'We kunnen niet elke week de capaciteit verdubbelen', 5 augustus 2020, <https://www.nporadio1.nl/binnenland/25619-ggd-onderzoek-onder-druk-we-kunnen-niet-elke-week-de-capaciteit-verdubbelen>.

(fase 1). Echter, Google en Apple bepalen niet het doel en de middelen van de verwerking van de persoonsgegevens aan de hand van de app en zijn dus geen verwerkingsverantwoordelijken. Evenmin kwalificeren zij als verwerkers. Zoals bekend is er bij het ontwerp van het Exposure Notification framework/API, ervoor zorggedragen dat Apple en Google geen toegang (kunnen) verkrijgen tot de gegevens die betrekking hebben op de gebruikers (d.w.z. de gegevens in de app).

- 2.24 In de gebruiksvoorwaarden van het Exposure Notification framework/API, opgesteld door Google, wordt het voorgaande bevestigd. Uiteraard zal de minister en de GGD-en kritisch moeten blijven bezien of Google en Apple zich houden aan de gemaakte afspraken. Eventuele zorgen van de AP over de onduidelijkheid van het Exposure Notification framework/API in de zgn. Fase 2 kunnen op dit moment echter geen reden zijn om af te zien van de inzet van de app, omdat deze fase nog niet aan de orde is. Voor zover er zich een wijziging in de risico's zal voor doen – bijvoorbeeld door de uitrol van het Exposure Notification framework/API in Fase 2 – dienen de minister en de GGD-en opnieuw middels een DPIA te worden bezien of zich nieuwe risico's voordoen.

(e) Aanvullende documenten of aanscherping bestaande documenten

- 2.25 De AP is van oordeel dat een aantal juridische documenten moeten worden opgesteld of aangescherpt (waaronder de DPIA) om de rechtmatigheid van de verwerking van persoonsgegevens te borgen. De minister en de GGD-en hebben hier reeds uitvoering aan gegeven.
- 2.26 De onderlinge verantwoordelijkheden tussen de minister en de GGD-en zijn inmiddels uitgewerkt (voor de aanstaande proef) in een daartoe gestelde onderlinge regeling als voorgeschreven in artikel 26 AVG. Ook het privacy statement zal worden aangepast. Ook de DPIA is in het licht van de adviezen van de AP op onderdelen aangepast.

3 Conclusie

Om de redenen uiteengezet in deze notitie achten wij het advies van AP, meer in het bijzonder de in het voorgaande besproken onderdelen daaruit, niet zonder meer overtuigend.