

Standpunt IGJ nota toezicht antimisbruikbepaling

2-7-2020

In de voorgelegde notitie worden drie opties uitgewerkt om het toezicht op de antimisbruikbepaling¹ ten aanzien van de notificatieapplicatie covid-19 (notificatieapp) in te richten:

- A. Sectorspecifieke toezichthouders aanwijzen;
 - B. IGJ als toezichthouder aanwijzen en een meldpunt bij IGJ voor meldingen over misbruik van de notificatieapp;
 - C. Meldpunt bij IGJ en toezicht sectoraal.
- IGJ kan zich, ten aanzien van de eigen rol, gedeeltelijk vinden in optie A;
 - IGJ kan zich niet vinden in optie B en C.

Optie A & B: IGJ als toezichthouder op antimisbruikbepaling

In de T&H-toets op het wetsvoorstel Tijdelijke wet maatregelen covid-19 (TWM covid-19) heeft de IGJ gewezen op problemen bij de uitvoering van het toezicht door de IGJ en de verenigbaarheid met de toezichttaken op het gebied van kwaliteit en veiligheid van de zorg. IGJ heeft daarbij aangegeven alleen een rol te zien in het kader van het toezicht op zorg –en jeugdhulpaanbieders die reeds onder toezicht van de IGJ vallen.

Toezicht op delen persoonsgegevens ligt bij AP

Ten aanzien van de notificatieapp en het verplichten tot het delen van bijzondere persoonsgegevens, heeft de IGJ opgemerkt dat zij daar eerder een rol voor de AP ziet. De AP houdt al in meerdere sectoren toezicht op de bescherming van persoonsgegevens. Het onder druk zetten van mensen om hun persoonsgegevens te delen ligt in lijn met hetgeen de AVG beoogt te voorkomen. Daarin staat immers dat geen sprake kan zijn van vrijwillige toestemming om persoonsgegevens te verwerken als de betrokkene geen echte of vrije keuze heeft. Het misbruik van de notificatieapp zoals geschetst in de notitie lijkt vooral te refereren naar een overtreding van het beginsel van vrije toestemming: iemand wordt gedwongen om bijzondere persoonsgegevens te delen om gebruik te mogen maken van een dienst of toegang te krijgen tot een plaats². De AP is dan de meest aangewezen toezichthouder. Daar komt nog bij dat de AP op grond van de AVG meer handhavingsmogelijkheden heeft dan de IGJ nu heeft op grond van de Wpg.

Toezicht op verkeerd gebruik van notificatieapp.

In de notitie wordt aangegeven dat de notificatieapp een Wpg-instrument is, bedoeld ter bescherming van de volksgezondheid, en dus aansluit bij het toezicht van de IGJ. Deze redenering klopt alleen ten aanzien van de bedoeling van de app. De IGJ zou dus op grond van de Wpg toezicht kunnen houden op hoe de gemeentelijke gezondheidsdiensten (de bedoelde gebruikers) de app gebruiken. Verkeerd gebruik van de app door deze gemeentelijke gezondheidsdiensten zou dan onder het toezicht van de IGJ vallen op grond van de Wpg.

Echter de antimisbruikbepaling vloeit niet logisch voort uit het doel van de Wpg. Immers de antimisbruikbepaling gaat over die situatie waarin de app wordt gebruikt voor andere doeleinden

¹ Deze bepaling (artikel 6d, zesde lid, Wpg) luidt als volgt: "Het is verboden een ander te verplichten tot het gebruik van de notificatieapplicatie dan wel enig ander digitaal middel dat gebruikt kan worden om mogelijk met het virus SARS-CoV-2 geïnfecteerde personen te identificeren".

² Ook in de overwegingen bij de AVG (o.a. 42) wordt het vrijwillige aspect van toestemming sterk benadrukt: Indien de verwerking plaatsvindt op grond van toestemming van de betrokkene, moet de verwerkingsverantwoordelijke kunnen aantonen dat de betrokkene toestemming heeft gegeven voor de verwerking. Met name in de context van een schriftelijke verklaring over een andere zaak dient te worden gewaarborgd dat de betrokkene zich ervan bewust is dat hij toestemming geeft en hoever deze toestemming reikt. In overeenstemming met Richtlijn 93/13/EEG van de Raad (¹⁹) stelt de verwerkingsverantwoordelijke vooraf een verklaring van toestemming op in een begrijpelijke en gemakkelijk toegankelijke vorm en in duidelijke en eenvoudige taal; deze verklaring mag geen oneerlijke bedingen bevatten. Opdat toestemming met kennis van zaken wordt gegeven, moet de betrokkene ten minste bekend zijn met de identiteit van de verwerkingsverantwoordelijke en de doeleinden van de verwerking van de persoonsgegevens. **Toestemming mag niet worden geacht vrijelijk te zijn verleend indien de betrokkene geen echte of vrije keuze heeft of zijn toestemming niet kan weigeren of intrekken zonder nadelige gevolgen.**

dan bescherming van de volksgezondheid. Hiermee wordt niet beoogd de volksgezondheid te beschermen, maar om misbruik te voorkomen en de privacy te beschermen. Daarmee valt het dus ook niet logischerwijs onder het toezicht van de IGJ op grond van de Wpg.

Daar komt bij dat de voorbeelden die in deze notitie worden genoemd voorbeelden zijn die zich in zijn geheel buiten de gezondheidszorg afspelen, zoals in de werkgever-werknemer relatie, in de horeca of door winkels. De IGJ blijft bij het standpunt dat zij slechts kan toezien op eventuele overtredingen door zorg- en jeugdaanbieders binnen de zorgrelatie.

IGJ houdt toezicht op (het gebruik van) gezondheidsapps (door zorgaanbieders) in het kader van de Wkkgz (als het gaat om zorgverlening en diagnostiek) en de Wet medische hulpmiddelen (Wmh), de richtlijnen (waaronder MDD) en het Besluit medische hulpmiddelen voor zover de app wordt gebruikt met het oog op een medisch doel en kwalificeert als medisch hulpmiddel in de zin van de Wmh. Dat toezicht richt zich voornamelijk op zorgaanbieders en fabrikanten en heeft tot doel de kwaliteit en veiligheid van de zorg in het algemeen en het product in het bijzonder te waarborgen. Deze regelgeving betreft echter niet het voorkomen van misbruik van het gebruik van een notificatieapp.

Indien met het onderhavige voorstel er een toezichttaak voor de IGJ zou worden geregeld dan kan de IGJ alleen een rol in het toezicht op de naleving van de antimisbruikbepaling vervullen voor zover dit past binnen het huidige relevante toezichtkader op grond van de Wkkgz en de Wmh. Er zal dan gelijk aan het eerder voorgelegde artikel 58o een link met toezicht op de kwaliteit en veiligheid van de zorg moeten worden gelegd.

Conclusie: Toezicht op de bescherming van persoonsgegevens en het dwingen van het delen van persoonsgegevens ligt bij de AP. De IGJ kan zich alleen vinden in optie A voor zover deze betrekking heeft op toezicht van gebruik van apps door zorgaanbieders binnen de zorgrelatie, op grond van het toezicht op de kwaliteit en veiligheid van de zorg.

De IGJ kan zich zeker niet vinden in optie B, waarbij zij als enige toezichthouder op de antimisbruikbepaling wordt aangewezen voor alle mogelijke partijen binnen en buiten de zorg waar deze bepaling betrekking op heeft.

Optie C: Situeren van een meldpunt bij de IGJ

Het feit dat, als er al een toezichtstaak voor de IGJ voortvloeit uit de antimisbruikbepaling, deze toezichtstaak slechts beperkt kan zijn tot het verkeerde gebruik van de app in de zorgrelatie betekent dat alle overige meldingen die bij een mogelijk meldpunt binnen komen moeten worden doorgezet naar andere toezichthouders. Als het meldpunt bij de IGJ gesitueerd zou worden dan zou hiervoor afstemming moeten plaatsvinden tussen de IGJ en deze andere toezichthouders. Anders dan de notitie suggereert blijft departementale afstemming in deze variant dus ook noodzakelijk.

Het is dan belangrijk dat op voorhand duidelijk is welke toezichthouder aan zet is in welke situatie. Dit is nu niet op het geval, mede gezien het standpunt van de Nvwa, dat zij geen rol heeft in het toezicht op de notificatieapp. De vraag is dan immers, wie de meldingen over horeca, winkels, etc. in behandeling neemt. Daarnaast moeten dan ook de juiste randvoorwaarden aanwezig zijn om de afstemming tussen de IGJ en andere toezichthouders mogelijk te maken, waaronder gegevensuitwisseling. Daarvoor is een wettelijke grondslag nodig, die er nu niet is. Daarbij zullen vervolgens ook samenwerkingsconvenanten moeten worden opgesteld, dan wel aangepast. De vraag is in hoeverre dit in korte termijn te realiseren is en niet tot vertraging voor de burger leidt in de behandeling van zijn melding.

Conclusie: De IGJ acht optie C, het situeren van een centraal meldpunt bij de IGJ, niet realistisch en niet wenselijk.