

De strijd tegen corona: een stresstest voor de AVG

Opinie

Quinten Kroes*

Alweer twee jaar geleden trad de AVG in werking. Een van de beoogde voordelen van deze nieuwe privacyverordening was dat die door heel Europa uniforme regels introduceerde, die bovendien op veel punten gedetailleerder zijn en dus minder ruimte laten voor rechtsonzekerheid. Het corona-virus is een stresstest gebleken voor veel zaken. Dat geldt zeker ook voor de AVG, zoals blijkt uit de volgende drie discussies over het gebruik van persoonsgegevens in de bestrijding van deze pandemie.

De eerste discussie betreft het gebruik van locatiegegevens van mobiele operators door de overheid voor het in kaart brengen van mensenmassa's en bewegingspatronen (*heatmaps*). Dit gebeurt al in sommige lidstaten. In Nederland stonden mobiele operators eveneens welwillend tegenover deze behoefte van de overheid. Om internationaal een coördinerende rol te spelen vroeg ook de Europese Commissie om deze gegevens. Dit moet bijdragen aan het in kaart brengen en voorspellen van de verspreiding van het coronavirus. Zo kan bijvoorbeeld bepaald worden waar de nood aan medisch materiaal het hoogst is. Het gaat hierbij om geaggregeerde locatiegegevens die niet meer tot individuele gebruikers herleidbaar zijn. Maar om tot zo'n dataset te komen zullen wel eerst individuele persoonsgegevens moeten worden verwerkt en daarbij moeten de algemene regels van de AVG en de bijzondere e-privacyregels worden nageleefd. Staan die regels dit toe? Verschillende toezichthouders in andere lidstaten hebben inmiddels aangegeven geen probleem te zien in zulk gebruik van gegevens die eerst geaggregeerd zijn.¹ Ook de toezichthouder voor Europese instellingen, de EDPS,² en het Europees Comité voor Gegevensbescherming,³ waarin alle toezichthouders vertegenwoordigd zijn, hebben erop gewezen dat geanonimiseerde gegevens buiten de reikwijdte van de privacyregels vallen. Onze AP wijst er daarentegen op dat anonimisering van locatiegegevens van mobiele operators praktisch welhaast onmogelijk is, en dat het niet kan zonder aanvullende wettelijke grondslag.⁴ Zorgvuldige wetgeving voorkomt dat nu een surveillancemaatschappij wordt opgetuigd waar we dan na de coronacrisis mee zitten opgescheept, aldus de bestuursvoorzitter van de AP. Natuurlijk moet voorkomen worden dat onder het motto van noodmaatregelen blijvende schade aan fundamentele rechten wordt toegebracht. Maar vergt dat echt een nieuwe wet of staan de beginselen van het EHRM, het Handvest en de bestaande AVG (die iedere verwerking onderwerpt aan dataminimalisatie, privacy-by-design, noodzakelijkheid en proportionaliteit) daaraan niet al in de weg? De verwijzing van de AP naar de aanvullende wettelijke grondslag is mogelijk ontleend aan de e-Privacy-

richtlijn, die toestaat dat lidstaten onder meer ter waarborging van de openbare veiligheid uitzonderingen in hun nationale wetgeving mogen opnemen. Diezelfde richtlijn staat echter verwerking van geanonimiseerde locatiegegevens uitdrukkelijk toe, dus het is maar de vraag of van die uitzondering gebruik moet worden gemaakt.⁵

De tweede, zo mogelijk nog meer omstreden discussie, betreft de inzet van mobiele apps voor contactonderzoek. Het gaat om een app die kan helpen om mensen te waarschuwen die in de buurt van een besmette persoon zijn geweest. Ook hier bestaat veel onduidelijkheid en onenigheid. Een internationaal consortium van onderzoekers heeft een plan ontwikkeld (het PEPP-PT initiatief) voor de werking van een dergelijke app, op basis van vrijwilligheid, dat onder meer op steun kan rekenen in Duitse regeringskringen. Privacyvoerder Max Schrems heeft aangegeven dat een dergelijk initiatief kan worden gerealiseerd in overeenstemming met de AVG. Maar privacyactivist en Europarlementariër Patrick Breyer trekt juist het nut van een dergelijke app in twijfel en wijst ook hier op het risico van een blijvende surveillancemaatschappij. Inmiddels hebben de Europese Commissie en de Britse toezichthouder randvoorwaarden voor zo'n app geformuleerd, terwijl de Italiaanse overheid al een officiële app heeft aangewezen. Onze AP volgt deze ontwikkeling daarentegen met argusogen, en vond de noodzaak voor de in Nederland voorgestelde apps onvoldoende aangetoond.

De derde discussie betreft de vraag of werkgevers vermoedens van coronabesmettingen van personeel mogen verwerken. De AVG noemt pandemiebestrijding als rechtvaardigingsgrond, mits een (andere) Europese of nationale wet dit verder regelt. In andere lidstaten wordt de verplichting van werkgevers om voor een veilig en gezond werkklimaat te zorgen als toereikende wettelijke grondslag gezien. Hoewel werkgevers in Nederland die wettelijke plicht ook kennen, wordt die hier als onvoldoende specifiek beschouwd, zodat ook in dit geval de enige oplossing een aanvullende specifieke wet zou zijn. En zo krijgt de Nederlandse wetgever er in deze crisistijden een dagtaak bij om alle vermeende gaten in de AVG te stoppen met al dan niet tijdelijke specifieke wetten en wetjes. Hoe dan ook is de situatie ook op dit punt – ondanks een eenvormige Europese privacywet – een lappendeken van nationale opvattingen.

Wat deze voorbeelden aantonen, is dat de kritiek die op de voorloper van de AVG is geuit, namelijk dat die te veel open normen kende, en tot rechtsonzekerheid leidde, nog steeds opgaat. De AVG lijkt te zakken voor de coronastresstest. Iets om mee te nemen bij de aankomende evaluatie van de AVG.

* Mr. Q.R. Kroes is advocaat te Amsterdam (Brinkhof) en redacteur van dit blad.

1 Zie de standpunten van de Britse en Italiaanse toezichthouders op www.ico.org.uk resp. www.garanteprivacy.it.

2 https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/20-03-25_edps_comments_concerning_covid-19_monitoring_of_spread_en.pdf.

3 https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/news/edpb_statement_2020_processingpersonaldataandcovid-19_en.pdf.

4 <https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/gebruik-telecomdata-tegen-corona-alleen-met-wet>.

5 In de voorstellen voor een nieuwe e-Privacyverordening, die dateren van vóór de coronacrisis, wordt overigens specifiek ruimte gecreëerd voor het gebruik van locatiegegevens voor heatmaps.