



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

'Contact tracing' versus privacy bij ernstige grensoverschrijdende gezondheidsbedreigingen

van Kolschooten, H.B.

Publication date

2019

Document Version

Final published version

Published in

Privacy & Informatie

License

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van Kolschooten, H. B. (2019). 'Contact tracing' versus privacy bij ernstige grensoverschrijdende gezondheidsbedreigingen. *Privacy & Informatie*, 22(2), 43-48. [41]. <https://www.uitgeverijparis.nl/nl/reader/205281/1001425347>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

‘Contact tracing’ versus privacy bij ernstige grensoverschrijdende gezondheidsbedreigingen

41

Trefwoorden:

contact tracing, gezondheidsgegevens, volksgezondheid, Besluit 1082/2013/EU

Met dit artikel wordt een bijdrage geleverd aan het debat over de afweging tussen bescherming van de volksgezondheid en bescherming van individuele rechten, in een samenleving die globaliseert, maar ook steeds meer belang hecht aan de bescherming van privacy. Internationale samenwerking in het kader van ernstige grensoverschrijdende gezondheidsbedreigingen wordt steeds belangrijker. Europese lidstaten wisselen daarom gegevens uit via een elektronisch informatie-uitwisselingssysteem. Hiertoe behoren vaak gezondheidsgegevens voor het uitoefenen van ‘contact tracing’: het opsporen van mogelijk besmettelijke personen over de grens. Dit kan grote gevolgen hebben voor het recht op informatiele privacy van betrokkenen. Nu de Europese Unie weinig richting geeft voor de belangenafweging tussen volksgezondheid en individuele rechten en het verrichten van een juiste proportionaliteitstoets, kan aansluiting worden gezocht bij Europese rechtspraak op het gebied van nationale veiligheid.

1 Volksgezondheid versus individuele rechten

Epidemieën zijn van alle tijden. In de late middeleeuwen bezweek een derde van de Europese bevolking aan de gevolgen van de zwarte dood en na de Eerste Wereldoorlog stierven meer mensen aan een uitbraak van de Spaanse griep dan in de oorlog zelf waren omgekomen.¹ Afgelopen zomer luidde de Wereldgezondheidsorganisatie de alarmklok over een recordaantal mazelenbesmettingen in Europa.² Vanwege de mogelijk desastreuze gevolgen van infectieziekten nemen overheden vaak ingrijpende maatregelen om de volksgezondheid te beschermen, variërend van surveillance tot gedwongen quarantaine.

Nu de verspreidingsnelheid door toenemende globalisering hoger is dan ooit, neemt het risico op grootschalige uitbraken van infectieziekten toe.³ Het grensoverschrijdende karakter van deze gezondheidsbedreigingen

maakt internationale samenwerking noodzakelijk: ‘You can’t build walls in order to prevent the next airborne lethal flu from landing on our shores’,⁴ stelde de Amerikaanse oud-president Obama in 2016. De Europese Commissie heeft daarom een elektronisch informatie-uitwisselingssysteem opgezet en met de lidstaten afspraken gemaakt over de gezamenlijke bestrijding van infectieziekten.

De Europese samenwerking in het kader van gezondheidsbedreigingen is vastgelegd in Besluit 1082/2013/EU. De meest in het oog springende maatregel is ‘contact tracing’: het opsporen van personen die zijn blootgesteld aan een bron van een ernstige gezondheidsbedreiging, en mogelijkerwijs besmet zijn of daartoe gevaar lopen. In het geval van ernstige grensoverschrijdende gezondheidsbedreigingen zijn lidstaten gehouden ‘alle beschikbare relevante informatie’ die ‘nuttig kan zijn’ om het gevaar af te wenden via het elektronische informatie-uitwisselingssysteem te delen met andere lidstaten. Hiertoe kunnen ook de persoonsgegevens van potentieel besmette contacten behoren, waaronder gezondheidsgegevens.⁵

Het besluit plaatst traditionele maatregelen ter bescherming van de volksgezondheid in een nieuw perspectief. De combinatie van de introductie van contact tracing op Europees niveau en de ruimere technologische mogelijkheden voor het elektronisch uitwisselen van persoonsgegevens vergroot de impact op individuele rechten en vrijheden van Europese burgers, met name op eerbiediging van het privéleven en gegevensbescherming. Deze rechten zijn niet absoluut, maar kunnen beperkt worden in het belang van de bescherming van de volksgezondheid.⁶ Het is echter de vraag hoe lidstaten gezondheidsgegevens ten behoeve van contact tracing kunnen verwerken op een manier die proportioneel is ten aanzien van de rechten op eerbiediging van privéleven en gegevensbescherming. In Nederland is de mogelijkheid tot

* Hannah van Kolfschooten is onderzoeker Gezondheidsrecht en masterstudent Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam.

1 K. Hopkins, ‘Pandemics that changed the course of history’, *The Guardian* 12 juli 2009, theguardian.com.

2 C. Koenis, ‘Aantal Europese besmettingen van mazelen sterk toegenomen’, *NRC* 21 augustus 2018, nrc.nl.

3 World Economic Forum, *The Global Risks Report 2016*, januari 2016, beschikbaar op: www.weforum.org/reports/the-global-risks-report-2016, p. 59.

4 A. Peterson, ‘Why Obama thinks about cybersecurity as fighting a pandemic’, *The Washington Post* 12 oktober 2016, washingtonpost.com.

5 Art. 3 sub c en art. 9 Besluit 1082/2013/EU.

6 Art. 8 EVRM; art. 7 en 8 Handvest; art. 52 Handvest.

contact tracing opgenomen in de Wet publieke gezondheid.⁷

Het huidige Europese kader biedt weinig aanknopingspunten voor de beantwoording van deze proportionaliteitsvraag, wat in de weg kan staan aan een adequate bescherming van de rechten op eerbiediging van privéleven en gegevensbescherming. Europese rechtspraak op het gebied van opsporing van personen in het belang van nationale veiligheid kan lidstaten echter richting geven in deze afweging. Dit mensenrechtelijk kader zal worden gebruikt om de grenzen van contact tracing in het kader van het besluit nader te definiëren.

2 Ernstige grensoverschrijdende gezondheidsbedreigingen

Besmettelijke ziekten stoppen niet voor landsgrenzen. Daarom werken Europese lidstaten al sinds 1998 formeel en op ad-hocbasis samen door informatie uit te wisselen.⁸ In 2013 werd deze samenwerking geformaliseerd in Besluit 1082/2013/EU. Het besluit definieert ‘ernstige grensoverschrijdende gezondheidsbedreigingen’ als (risico’s op) levensbedreigende of anderszins ernstige gevaren voor de gezondheid die nationale grenzen overschrijden. Het gaat zowel om gevaren van biologische oorsprong (zoals infectieziekten en bioterrorisme) als gevaren van chemische, ecologische en onbekende oorsprong (zoals chemische aanvallen).⁹ Het besluit beoogt samenwerking en coördinatie tussen lidstaten te bevorderen zodat Uniebrede gezondheidsbedreigingen beter bestreden kunnen worden. Lidstaten hebben verplichtingen tot uitwisseling van informatie over epidemiologische surveillance, het onderling coördineren van reacties op gezondheidsbedreigingen en het informeren van de Europese Commissie over preventieplannen.¹⁰

2.1 Early Warning and Response System

Het elektronische informatie-uitwisselingssysteem ‘Early Warning and Response System’ (EWRS) wordt beheerd door het European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC) en wordt gebruikt om informatie over gezondheidsbedreigingen uit te wisselen. Het ECDC beheert een lijst van meldingsplichtige infectieziekten.¹¹ Lidstaten moeten via het EWRS binnen 24 uur melding maken van potentiële gezondheidsbedreigingen en ‘alle

beschikbare relevante informatie’ delen. Dit kan via het algemene communicatiekanaal, waarbij alle lidstaten, de Europese Commissie, het ECDC en de Wereldgezondheidsorganisatie de informatie ontvangen, en via het specifieke communicatiekanaal, dat wordt gebruikt om persoonsgegevens te delen met relevante autoriteiten.¹²

2.2 Contact tracing

Het besluit stelt dat gezondheidsbedreigingen kunnen vereisen dat lidstaten maatregelen tot ‘contact tracing’ nemen: het opsporen van personen die zijn blootgesteld aan een bron van een ernstige gezondheidsbedreiging, en mogelijk besmet zijn of daartoe gevaar lopen.¹³ Deze maatregelen worden op nationaal niveau geëffectueerd, maar lidstaten moeten, indien zij melding maken van een gezondheidsbedreiging, alle gegevens delen die nodig zijn voor de identificatie van deze ‘contacten’ via het EWRS, indien dit ‘nuttig’ kan zijn voor een gecoördineerde reactie op de gezondheidsbedreiging. Dit zijn persoonsgegevens zoals reisgegevens, maar ook gezondheidsgegevens, zoals informatie over de gezondheidstoestand en gegevens over de ziekte waarmee personen potentieel besmet zijn.¹⁴

Het delen van persoonsgegevens voor contact tracing is bijvoorbeeld ‘nuttig’ als de potentieel geïnfecteerde persoon is afgereisd naar een andere lidstaat, of als de persoon in contact is geweest met personen die zich in een andere lidstaat bevinden. Zo deelden de Duitse autoriteiten de (gezondheids)gegevens van 92 personen die mogelijk in contact waren geweest met een potentieel met lassakoorts besmette persoon die van Sierra Leone naar Duitsland was gereisd met 7 lidstaten en de Wereldgezondheidsorganisatie.¹⁵ Lidstaten volgen daarnaast vaak specifieke (niet-bindende) aanbevelingen van het ECDC over contact tracing. Het ECDC beveelt contact tracing bijvoorbeeld aan bij personen met (besmettelijke) open tuberculose, en adviseert om alle contacten op te sporen die in de afgelopen drie maanden bij de tuberculosepatiënt in het vliegtuig op dezelfde rij of tot twee rijen voor of achter hem zaten.¹⁶

7 Art. 6 Wet publieke gezondheid; zie ook VISI, ‘Juridische handreiking voor gegevensuitwisseling in de infectieziektebestrijding’, p. 23-33. Contact tracing wordt in eerste instantie uitgevoerd door de lokale GGD, en wordt in geval van ernstige ‘groep A’-infectieziekten overgenomen door het Centrum Infectieziektebestrijding (CIb) van het RIVM.

8 Beschikking 2119/98/EG.

9 Art. 3 sub g en art. 2 Besluit 1082/2013/EU.

10 Art. 1 lid 2, art. 4, 6 en 11 lid 3 Besluit 1082/2013/EU.

11 In Nederland is deze lijst overgenomen in art. 1 Wet publieke gezondheid en art. 12 Besluit publieke gezondheid.

12 Art. 9 en 16 lid 2 Besluit 1082/2013/EU.

13 Overweging 25 Besluit 1082/2013/EU, art. 3 sub c en art. 9 lid 3 Besluit publieke gezondheid.

14 Aanbeveling (EU) 2017/1140 van de Commissie van 23 juni 2017 betreffende persoonsgegevens die mogen worden uitgewisseld via het systeem voor vroegtijdige waarschuwing en reactie (EWRS) dat krachtens Besluit 1082/2013/EU van het Europees Parlement en de Raad is opgericht met het oog op de coördinatie van activiteiten ter opsporing van contacten in verband met ernstige grensoverschrijdende bedreigingen van de gezondheid.

15 A. de Ruijter, *A silent revolution: the expansion of EU power in the field of human health: a rightsbased analysis of EU health law & policy* (diss. Amsterdam UvA), 2015, beschikbaar op: <http://hdl.handle.net/11245/1.438142>, p. 210.

16 European Centre for Disease Prevention and Control, ‘Risk assessment guidelines for infectious diseases transmitted on aircraft (RAGIDA) – Tuberculosis’, mei 2014.

3 Contact tracing en de bescherming van fundamentele rechten

3.1 Privacybeperkingen bij verwerking van gezondheidsgegevens

De rechten op eerbiediging van privéleven en gegevensbescherming worden op Europees niveau beschermd in het EVRM, het Handvest en de AVG. ‘Informatieprivacy’ combineert deze grondrechten en definieert privacy als een recht op transparantie van en controle op de verwerking van persoonsgegevens.¹⁷ Nu gezondheidsgegevens worden beschouwd als gevoelige gegevens die onderdeel zijn van het privéleven van individuen, wordt over het algemeen aangenomen dat het – zonder toestemming – verwerken hiervan het recht op informatieprivacy inperkt.¹⁸ Daarnaast gelden er vanwege de gevoelige aard van gezondheidsgegevens striktere regels voor verwerking.

Het recht op eerbiediging van privéleven is neergelegd in art. 8 EVRM. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) leest hier ook een recht op gegevensbescherming in.¹⁹ Het EHRM heeft meermaals het fundamentele belang van bescherming van gezondheidsgegevens voor het recht op privéleven erkend.²⁰ Beperkingen op art. 8 EVRM door het openbaar gezag zijn alleen mogelijk indien dit bij wet is voorzien en noodzakelijk is in een democratische samenleving in het belang van een legitieme doel zoals bescherming van de volksgezondheid of nationale veiligheid.²¹

De rechten op eerbiediging van privéleven en gegevensbescherming worden daarnaast beschermd in art. 7 en 8 Handvest. De rechten van het Handvest corresponderen met het EVRM en worden door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) uitgelegd in overeenstemming met het EVRM en rechtspraak van het EHRM. Beperkingen moeten zijn voorzien bij wet, noodzakelijk, proportioneel en in het belang van legitieme doeleinden zijn en geen afbreuk doen aan de wezenlijke inhoud van de rechten.²²

De AVG creëert een Europees kader voor gegevensbescherming. Verwerking van persoonsgegevens moet rechtmatig, behoorlijk en transparant zijn, noodzakelijk zijn

voor het beoogde doel en voldoen aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit.²³ De AVG bevat een verbod op verwerking van gezondheidsgegevens, waarvan kan worden afgeweken in het algemeen belang zoals bescherming van de volksgezondheid, indien er wettelijke passende en specifieke maatregelen worden genomen ter bescherming van de rechten van betrokkenen.²⁴

Het is evident dat verwerken van gezondheidsgegevens voor contact tracing het recht op informatieprivacy van betrokkenen beperkt: lidstaten verzamelen en delen zeer gevoelige informatie, zonder toestemming van betrokkenen en op basis van enkele verdenking van besmetting. Parmet illustreert de impact van contact tracing met ‘Tuberculosis Traveller’ Andrew Speaker. In een poging de tuberculosepatiënt te isoleren werden Speakers persoonsgegevens de hele wereld overgestuurd, publiceerden kranten gedetailleerde persoonlijke informatie waaronder gezondheidsgegevens en werd hij het publieke gezicht van open tuberculose.²⁵ Ook tijdens het hoogtepunt van de aidsepidemie werd veelvuldig kritiek geuit op contact tracing van mogelijke aidspatiënten, met name vanwege de gevolgen voor stigmatisering en discriminatie van betrokkenen.²⁶ Nu contact tracing bij wet is voorzien en het legitieme doel van bescherming van de volksgezondheid dient, is het de vraag onder welke omstandigheden deze beperking noodzakelijk en proportioneel is.

3.2 Proportionaliteitstoets bij verwerking van gezondheidsgegevens

Om de noodzakelijkheid van een beperking te onderzoeken toetsen het EHRM en het HvJ EU of er een ‘dwingende maatschappelijke behoefte’ is voor de beperking. Daarnaast wordt een proportionaliteitstoets verricht en wordt onderzocht of de ernst van de beperking van individuele rechten opweegt tegen het in het geding zijnde publieke belang, met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het geval. De benadering van beide hoven is sterk casuïstisch, maar het EHRM betreft in de proportionaliteitstoets met betrekking tot verwerking van persoonsgegevens meestal de volgende factoren: de aard van de gegevens, de rol van de betrokken persoon, de impact van de maatregel op het privéleven en het bestaan van effectieve controle op het gebruik van de

17 J. Mai, ‘Big data privacy: The datafication of personal information’, *The Information Society* 2016, afl. 32/3, p. 194.

18 Onder gezondheidsgegevens valt ‘informatie over alle – zowel fysieke als psychische – aspecten van iemands gezondheid’, HvJ EU 6 november 2003, C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596, r.o. 50-51 (*Lindqvist*).

19 F. Fabbrini, ‘The EU Charter of Fundamental Rights and the Rights to Data Privacy: The EU Court of Justice as a Human Rights Court’, in: S. de Vries e.a., *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument, Five Years Old and Growing*, Oxford: Hart Publishing 2015, p. 261-287.

20 Zie o.m. EHRM 29 april 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0429JUD005201907, r.o. 56 (*L.H./Letland*).

21 Art. 8 lid 2 EVRM.

22 Art. 52 lid 1 en 3 Handvest.

23 Art. 5 AVG.

24 Art. 9 lid 1, art. 9 lid 2 sub (i) en overweging 52-54 AVG; NB in Nederland is er in de UAVG voor gekozen de uitzondering m.b.t. bescherming van de volksgezondheid niet over te nemen, maar kan er gebruik worden gemaakt van de uitzonderingen van art. 22 lid 2 sub b UAVG (bescherming vitale belangen) en art. 23 UAVG (volkenrechtelijke verplichting).

25 W. Parmet, ‘Dangerous Perspectives. The Perils of Individualizing Public Health Problems’, *Journal of Legal Medicine* 2009, afl. 30, p. 83-108.

26 L.O. Gostin & Z. Lazzarini, *Human Rights and Public Health in the AIDS Pandemic*, New York: Oxford University Press 1997, p. 84-85.

gegevens en waarborgen voor effectieve bescherming.²⁷ Daarnaast weegt het EHRM vaak de mate van afbakening van de maatregel tot specifieke personen en informatie, de lengte van bewaartermijnen en het bestaan van een mogelijkheid tot verwijdering mee.²⁸ Deze factoren komen ook terug in de proportionaliteitstoets van het HvJ EU met betrekking tot beperkingen op art. 7 en 8 Handvest.²⁹ Daarnaast toetst het HvJ EU aan expliciete bepalingen van de AVG, waar het principe van proportionaliteit vaak aan ten grondslag ligt, zoals het beginsel van minimale gegevensverwerking en de eisen van rechtmatigheid van verwerking.³⁰

Uit jurisprudentie volgt dat de gevoelige aard van gezondheidsgegevens het belang van het individu bij eerbiediging van zijn recht op gegevensbescherming verzwaaert, nu vertrouwelijkheid van gezondheidsgegevens, mede tot uitdrukking komend in de regels inzake het medisch beroepsgeheim, cruciaal is voor de bescherming van privacy van betrokkenen.³¹ Met betrekking tot de impact van beperkende maatregelen hebben beide hoven gesteld dat het delen van informatie over iemands gezondheidsstatus ‘dramatische gevolgen’ kan hebben voor de bescherming van het recht op privéleven en het publieke vertrouwen in de gezondheidszorg en in de vrije toegang daartoe.³²

3.3 Proportionaliteitstoets bij contact tracing

Besluit 1082/2013/EU verplicht tot het delen van gezondheidsgegevens ten behoeve van contact tracing indien dit ‘nuttig kan zijn’ om een gezondheidsbedreiging te bestrijden, maar biedt weinig aanknopingspunten voor proportionele implementatie van deze maatregel: de definitie, het doel en de omvang zijn onduidelijk, het bevat geen criteria om te bepalen in welke gevallen het delen van welke gezondheidsgegevens noodzakelijk en proportioneel is, er wordt geen onderscheid gemaakt tussen verschillende gezondheidsbedreigingen en het specificeert niet hoe betrokkenen geïnformeerd zullen worden over de verwerking van hun persoonsgegevens.³³

Wel voorziet art. 16 van het besluit in enkele waarborgen voor gegevensbescherming bij contact tracing: lidstaten moeten passende technische en organisatorische

beveiligingsmaatregelen treffen, persoonsgegevens enkel via het selectieve communicatiekanaal met de bij de opsporing van contacten betrokken autoriteiten delen en via het EWRS melding maken van incorrecte of onrechtmatig verwerkte persoonsgegevens. Daarnaast worden persoonsgegevens na twaalf maanden automatisch uit het EWRS verwijderd.³⁴ Ook benadrukt art. 16 de verwerkingsverantwoordelijkheid van lidstaten en bijbehorende verplichtingen onder de AVG.³⁵

Of contact tracing proportioneel is, hangt dus af van de implementatie op nationaal niveau door individuele lidstaten. De proportionaliteitstoets komt uiteindelijk neer op een afweging tussen de in het geding zijnde belangen. Bij contact tracing zijn dat enerzijds het individuele recht op informatieprivacy van de persoon wiens gezondheidsgegevens verwerkt worden, en anderzijds het algemeen belang van preventie en bestrijding van gezondheidsbedreigingen voor de bescherming van de volksgezondheid. Ook spelen de positieve verplichtingen van de overheid ten aanzien van de bescherming van de volksgezondheid een rol.³⁶ Vanwege de schaarse aanknopingspunten voor deze belangenafweging in het besluit en de rechtspraak, wordt in de volgende paragraaf aansluiting gezocht bij Europese jurisprudentie over opsporing van personen in het belang van nationale veiligheid.

4 Mensenrechtelijk kader: opsporing van personen in het belang van nationale veiligheid

Contact tracing vanwege gezondheidsbedreigingen vertoont relevante overeenkomsten met opsporing van personen in het kader van nationale veiligheid. Hoewel Besluit 1082/2013/EU formeel de bescherming van de volksgezondheid ten doel heeft, raakt het evenwel aan bescherming van de nationale veiligheid vanwege de toepassing op bioterrorisme en chemische aanvallen.³⁷ Daarnaast speelt bij beide activiteiten de afweging tussen het algemeen belang en het recht op informatieprivacy.³⁸ Europese jurisprudentie op het gebied van gegevensbescherming en nationale veiligheid kan daarom houvast bieden bij het bepalen van proportionele implementatie van contact tracing.

27 L.F.M. Verhey & M.W. Raijmakers, ‘Artikel 8 EVRM: proportionaliteit en verwerking van persoonsgegevens’, *RegelMaat* 2013/28, afl. 3, p. 184-189.

28 Article 29 Working Party, ‘Opinion 01/2014 on the application of necessity and proportionality concepts and data protection within the law enforcement sector’, 27 februari 2014 (536/14/EN WP 211).

29 Idem; C. Bagger Tranberg, ‘Proportionality and data protection in the case law of the European Court of Justice’, *International Data Privacy Law* 2011/1, afl. 4, p. 239-248; zie o.m. GvA EU 5 juli 2011, F-46/09, ECLI:EU:F:2011:101, r.o. 123 (*V & EDPS/Europees Parlement*).

30 Art. 5 en 6 AVG; M. Tzanou, *The fundamental right to data protection: normative value in the context of counter-terrorism surveillance*, Portland (Oregon): Hart Publishing 2017, p. 29.

31 EHRM, L.H./Letland, r.o. 56.

32 EHRM 25 februari 1997, ECLI:CE:ECHR:1997:0225JUD002200993, r.o. 95-96 (*Z/Finland*); GvA EU, *V & EDPS/Europees Parlement*, r.o. 123.

33 Zie Opinion of the European Data Protection Supervisor on the proposal for a decision of the European Parliament and of the Council on serious cross-border threats to health (2012/C 197/05).

34 P. Dąbrowska-Kłosińska, ‘Tracing Individuals under the EU regime on Serious, Cross-border Health Threats: An Appraisal of the System of Personal Data Protection’, *European Journal of Risk Regulation* 2017, Special Issue on the EU Public-Health-Security Nexus, p. 713-716.

35 Zie art. 5 AVG.

36 Op grond van art. 2 EVRM; zie o.m. EHRM 8 juli 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0708JUD005392400, r.o. 89 (*Vo/Frankrijk*).

37 Zie overweging 1 Besluit 1082/2013/EU en art. 168 VWEU; R. van den Hoven van Genderen, *Privacy Limitation Clauses: Trojan Horses under the Disguise of Democracy*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2017, p. 91.

38 M. Feinberg, L. Niada-Avshalom & B. Toebes, ‘National security and public health: exceptions to human rights?’, *The International Journal of Human Rights* 2015/19, afl. 4, p. 383-387.

4.1 *Proportionaliteitstoets bij verwerking van persoonsgegevens in het belang van nationale veiligheid*

Zowel het EHRM als het HvJ EU heeft zich meermaals uitgesproken over de evenredigheid van maatregelen die het recht op informationele privacy beperken in het belang van de nationale veiligheid. Zo spreekt het EHRM in *Rotaru/Roemenië* zijn bezorgdheid uit over de gebrekkige waarborgen voor individuele rechten bij verzameling van persoonsgegevens door de overheid die werden opgeslagen in een afgeschermd dossier. Het EHRM stelt mogelijke waarborgen voor, waaronder specificering van categorieën te verzamelen informatie, inclusief afbakening van de omstandigheden waarin gegevensverwerking in het kader van nationale veiligheid mogelijk is. Daarnaast kan het wettelijk vastleggen van maximale bewaartermijnen en een inzageprocedure voor betrokkenen bijdragen aan proportionele gegevensverwerking.³⁹

In *Uzun/Duitsland* stelde het EHRM dat de langdurige surveillance van iemand die verdacht werd van deelneming aan een terroristische beweging weliswaar inbreuk maakte op zijn persoonlijke levenssfeer, maar voldoende evenredig was aan het beoogde doel van bescherming van nationale veiligheid, nu het nationale recht de impact en duur van surveillancebevoegdheden afhankelijk stelde van de omvang van het risico voor de samenleving.⁴⁰

Met betrekking tot het informeren van betrokkenen over de verwerking van hun persoonsgegevens voor doeleinden van nationale veiligheid, oordeelde het EHRM in *Klass* dat het voor een effectieve uitoefening van de rechten op privéleven en gegevensbescherming van belang is om betrokkenen na afloop van de surveillance te informeren over genomen maatregelen. Niet informeren is enkel proportioneel indien mededeling de effectiviteit van de maatregel teniet doet gaan vanwege het langetermijndoel voor nationale veiligheid, mits er sprake is van onafhankelijk toezicht.⁴¹ Het HvJ EU stelde in *Digital Rights Ireland* dat het niet informeren van betrokkenen over verwerking van hun persoonsgegevens de inmening op de rechten op privéleven en gegevensbescherming verzwakt.⁴²

In *Leander/Zweden* stelde het EHRM dat, hoewel inzage in de eigen persoonsgegevens wenselijk is, weigering hiervan met een beroep op nationale veiligheid niet direct disproportioneel is.⁴³ In *Dalea c./Frankrijk* voegde

het EHRM hieraan toe dat het weigeren van inzage in eigen persoonsgegevens die opgenomen zijn in het Schengen Informatiesysteem enkel proportioneel is als dit een feitelijk aantoonbaar gevaar voor de nationale veiligheid met zich meebrengt.⁴⁴ Daarnaast achtte het EHRM het ontbreken van een voorziening voor individuen om te verzoeken om aanpassing of verwijdering van opgeslagen persoonsgegevens disproportioneel in *Rotaru/Roemenië*.⁴⁵ Ook het HvJ EU benadrukte in *Schrems* dat de evenredigheid van verwerking van persoonsgegevens voor de bescherming van nationale veiligheid mede afhangt van het bestaan van beroepsmogelijkheden voor betrokkenen ten behoeve van inzage, rectificatie of verwijdering van hun persoonsgegevens.⁴⁶

In *Segerstedt-Wiberg e.a./Zweden* verklaarde het EHRM dat bij de beoordeling van de proportionaliteit van beperkingen op het recht op privéleven ook getoetst wordt aan de bewaartermijn van de persoonsgegevens, en dat bij het bepalen van een proportionele bewaartermijn de aard van de persoonsgegevens en de aard en actualiteit van het specifieke veiligheidsdoeleinde betrokken moeten worden. Zo was het bewaren van persoonsgegevens van betrokkenen bij bomaanslagen in 1990 proportioneel met het oog op nationale veiligheid, maar het bewaren van persoonsgegevens van betrokkenen bij gewelddadige demonstraties in 1967 niet.⁴⁷ In *S. en Marper/Verenigd Koninkrijk* oordeelde het EHRM met betrekking tot de opslag van DNA-materiaal in een nationale DNA-databank ten behoeve van opsporing van personen voor doeleinden van nationale veiligheid dat het ‘algemeen en ongedifferentieerd’ bewaren van biometrische persoonsgegevens disproportioneel is.⁴⁸ In *Digital Rights Ireland* verduidelijkte het HvJ EU dat bewaartermijnen moeten worden vastgesteld op basis van objectieve criteria, en dat er onderscheid moet worden gemaakt op basis van de aard van de gegevens en het nut ervan voor het beoogde doel.⁴⁹

4.2 *Aanknopingspunten voor proportionele implementatie van contact tracing*

Een belangrijk verschil tussen voorgenoemde jurisprudentie en contact tracing is dat het opsporen van personen in het kader van nationale veiligheid vaak minder urgent is, nu (mogelijk) besmettelijke personen in korte tijd een levensbedreigende epidemie kunnen veroorzaken. Dit kan betekenen dat bij contact tracing het alge-

39 EHRM 4 mei 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0504JUD002834195, r.o. 57-58 (*Rotaru/Roemenië*).

40 EHRM 2 september 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0902JUD003562305, r.o. 69 (*Uzun/Duitsland*); Van den Hoven van Genderen 2017, p. 114.

41 EHRM 6 september 1978, ECLI:CE:ECHR:1978:0906JUD000502971, r.o. 57-59 (*Klass e.a./Duitsland*); S.J. Eskens, O.L. van Daalen & N.A.N.M. van Eijk, *Geheime surveillance en opsporing: Richtsnoeren voor de inrichting van wetgeving*, Amsterdam: Instituut voor Informatierecht 2016, p. 14-15.

42 HvJ EU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, r.o. 37 (*Digital Rights Ireland*); A. Dimitrova & M. Brkan, ‘Balancing National Security and Data Protection: The Role of EU and US Policy-Makers and Courts before and after the NSA Affair’, *Journal of Common Market Studies* 2018/56, afl. 4, p. 763.

43 EHRM 26 maart 1987, ECLI:CE:ECHR:1987:0326JUD000924881, r.o. 66 (*Leander/Zweden*).

44 EHRM 2 februari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0202DEC000096407, r.o. 2 (*Dalea c./Frankrijk*).

45 EHRM, *Rotaru/Roemenië*, r.o. 46.

46 HvJ EU 6 oktober 2014, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, r.o. 90 (*Schrems*).

47 EHRM 6 juni 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0606JUD006233200, r.o. 89-90 (*Segerstedt-Wiberg e.a./Zweden*).

48 EHRM 4 december 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204, r.o. 125 (*S. en Marper/Verenigd Koninkrijk*).

49 HvJ EU, *Digital Rights Ireland*, r.o. 63-64.

meen belang zwaarder weegt dan individuele rechten. Aan de andere kant worden bij contact tracing vaker gezondheidsgegevens verwerkt, die meer bescherming genieten dan reguliere persoonsgegevens, wat de balans naar de andere kant kan doen doorslaan. Toch biedt genoemde jurisprudentie nuttige aanknopingspunten voor de vraag hoe lidstaten contact tracing op een evenredige manier kunnen effectueren.

Zo volgt uit de rechtspraak dat lidstaten de impact en duur van beperkende maatregelen afhankelijk moeten stellen van de omvang van het risico. Voor contact tracing betekent dit dat lidstaten moeten specificeren onder welke omstandigheden ze welke persoonsgegevens delen via het EWRS, en met welke autoriteiten. Hierbij kan gedacht worden aan het koppelen van specifieke categorieën persoonsgegevens aan de ernst van de grensoverschrijdende gezondheidsbedreiging, vast te stellen aan de hand van de mate van besmettelijkheid, de ernst van de gezondheidsrisico's en de incubatietijd. Gezondheidsgegevens zouden, vanwege de grote impact op informatiele privacy, bijvoorbeeld pas gedeeld kunnen worden bij ernstige gezondheidsbedreigingen. Daarnaast moet worden vastgelegd in welke gevallen welke autoriteiten de persoonsgegevens ontvangen, bijvoorbeeld enkel als er concreet bewijs is dat de personen zich in die lidstaten bevinden.

Daarnaast moeten lidstaten betrokkenen informeren over de verwerking van hun persoonsgegevens, tenzij dit afdoet aan de effectiviteit van de maatregel voor het beoogde doel. In het geval van contact tracing ligt het niet voor de hand dat informeren van betrokkenen schadelijk is voor de bescherming van de volksgezondheid. Lidstaten zijn daarom gehouden betrokkenen te informeren over de verwerking van hun gezondheidsgegevens. Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid tot inzage van de eigen persoonsgegevens: ook hier zullen lidstaten zich niet snel kunnen beroepen op de uitzondering van gevaar voor het algemeen belang.

Ook moeten lidstaten procedures opstellen om betrokkenen in staat te stellen te verzoeken om rectificatie of verwijdering van hun persoonsgegevens. Dit moet in samenspraak met de lidstaten waarmee de gezondheidsgegevens gedeeld zijn, zodat de gezondheidsgegevens zowel in het EWRS als in de andere lidstaten gerectificeerd of verwijderd worden.

Daarnaast is een algemene en ongedifferentieerde bewaartermijn niet proportioneel. Hoewel het besluit een algemene maximale bewaartermijn van twaalf maanden stelt voor persoonsgegevens in het EWRS-systeem, zullen lidstaten de bewaartermijn afhankelijk moeten stellen van de aard van de gegevens en de aard en actualiteit van de gezondheidsbedreiging. Dit betekent dat lidstaten onderscheid moeten maken tussen categorieën van gegevens, bijvoorbeeld reisgegevens en gezondheidsgegevens, en de bewaartermijn afhankelijk moeten

stellen van de specifieke gezondheidsbedreiging, bijvoorbeeld op grond van de incubatietijd.

In aanvulling hierop volgt uit Besluit 1082/2013/EU en algemene bepalingen over gegevensbescherming dat lidstaten voor proportionele implementatie van contact tracing ook moeten waarborgen dat gezondheidsgegevens niet worden verwerkt voor andere doeleinden dan de specifieke gezondheidsbedreiging en alleen worden gedeeld via het selectieve communicatiekanaal van het EWRS. Daarnaast moeten ze passende technische en organisatorische beveiligingsmaatregelen treffen.⁵⁰

5 Conclusie

Contact tracing illustreert het complexe spanningsveld tussen informatiele privacy en volksgezondheid. De lidstaten die gezondheidsgegevens voor contact tracing verzamelen en delen moeten waarborgen dat de beperkingen op het recht op informatiele privacy evenredig zijn aan het algemene belang van volksgezondheid. Daartoe moeten lidstaten het verwerken en delen van specifieke categorieën persoonsgegevens afhankelijk stellen van de ernst van de gezondheidsbedreiging en waarborgen dat gezondheidsgegevens alleen bij zeer ernstige gevaren verwerkt worden. Daarnaast moeten lidstaten betrokkenen informeren over de verwerking van hun gezondheidsgegevens en procedures instellen voor inzage, rectificatie of verwijdering van de gegevens. Ook moeten lidstaten de bewaartermijnen van gezondheidsgegevens afhankelijk stellen van de aard van de gegevens en de aard en actualiteit van de gezondheidsbedreiging.

De eigenlijke belangenafweging tussen informatiele privacy en volksgezondheid wordt echter gemaakt op Europees niveau. Met de verplichting tot het delen van gezondheidsgegevens ten behoeve van contact tracing heeft de Europese Commissie impliciet besloten dat het belang van volksgezondheid in het geval van ernstige grensoverschrijdende gezondheidsbedreigingen zwaarder weegt. De beslissing over de *mate* van inperking van rechten wordt echter overgelaten aan de individuele lidstaten.

Het gebrek aan aanknopingspunten voor deze ingewikkelde proportionaliteitstoets belemmert een consistent en hoog beschermingsniveau van individuele grondrechten in de Unie. Aangezien contact tracing meestal onder tijdsdruk gebeurt, kan een weloverwogen belangenafweging ontbreken. Daarnaast zal de bescherming van het recht op informatiele privacy per lidstaat verschillen. Daarom verdient het aanbeveling dat Besluit 1082/2013/EU nader wordt uitgewerkt met specifieke criteria voor proportionele implementatie van contact tracing op nationaal niveau, zodat een juist evenwicht tussen informatiele privacy en volksgezondheid bij de inzet van contact tracing in de gehele Unie verzekerd is.

⁵⁰ Zie par. 3.2.