

De ‘concessievrije’ CoronaMelder?

mr. M.G.P.E. van der Voort en mr. C.C.M. Kroeks – de Raaij¹

1. Inleiding

De notificatieapplicatie ‘CoronaMelder’ is af en kan worden uitgerold. Bijna dan, het wachten is op de spoedwet (hierna: Tijdelijke Wet).² Dit project van minister De Jonge, van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (hierna: VWS), lijkt in oktober 2020 écht van start te gaan.

De aanleiding van de app is de uitbraak van het coronavirus in Nederland begin 2020. Het aantal besmettingen liep snel op en ook de maatregelen die de regering nam om de verspreiding van het virus onder controle te krijgen, stapelden zich op. Een groot probleem hierbij was en is onwetendheid over dit nieuwe virus. Om meer informatie hierover te verkrijgen en om het aantal besmettingen in te dammen heeft het bron- en contactonderzoek (‘BCO’) door de regionale Gemeentelijke Gezondheidsdiensten (hierna: GGD’en) vanaf het begin af aan een belangrijke rol gespeeld bij de beheersmaatregelen. Al snel ontstond, net als in de omliggende landen, ook in Nederland het idee om een traceer-app te ontwikkelen die hierbij kon ondersteunen.

‘Geen concessies aan de privacy, informatieveiligheid, bruikbaarheid en toegankelijkheid van CoronaMelder’. Dat meldde minister De Jonge in april dit jaar bij zijn aankondiging om de ontwikkeling van een SARS-CoV-2³ notificatieapplicatie in eigen hand te nemen.⁴ Er volgde een intensief en transparant⁵ ontwikkeltraject waarbij tientallen deskundigen en organisaties betrokken zijn geweest. Dit leverde een berg aan informatie op en daar zijn wij ingedo-

ken. Conclusie: er zijn concessies gedaan. Voordat we daar op in gaan, ontkomen we er niet aan de werking van de app te beschrijven (bekeken door een juridische bril) en dus starten we daarmee.

2. CoronaMelder technisch uitgelegd⁶

CoronaMelder is bedoeld als aanvulling op het klassieke BCO dat door de plaatselijke GGD wordt verricht bij een nieuwe infectiemelding. Klassiek BCO bestaat uit het identificeren van contacten, deze contacten informeren over de eventuele blootstelling en het risico op besmetting, hen te wijzen op maatregelen die genomen moeten worden om verdere verspreiding te voorkomen en hen hierin te begeleiden. Dit alles gebeurt nu door medewerkers van de plaatselijke GGD. Met de app beoogt de Minister sneller en meer contacten te kunnen waar- schuwen en dan met name personen die de besmette persoon niet kent of zich niet kan herinneren.⁷ In opdracht van VWS is CoronaMelder onder een open source licentie⁸ ontwikkeld voor de mobiele besturingssystemen Android (van Google) en iOS (van Apple). Tezamen bezitten deze aanbieders vrijwel de hele smartphonemarkt.⁹ Daarmee is CoronaMelder in theorie beschikbaar voor bijna iedere Nederlander vanaf 16 jaar met een smartphone.¹⁰ Toch zal niet iedere smartphone gebruiker de app kunnen installeren. CoronaMelder is beschikbaar vanaf Android versie 6.0 (huidige versie is 10.0) en iOS versie 13.5 (de huidige versie is 13.6). Daarmee zal een aanzienlijk deel van de smartphone gebruikers van CoronaMelder zijn uitgesloten. Wereldwijd stond in april 2020 op 84,9 % van de Android telefoons versie 6.0 of later.¹¹ Alle iPhones van vóór

1. Maarten van der Voort en Kea Kroeks – de Raaij zijn beiden werkzaam bij Benvaor Advocaten te Utrecht. Kea is redactielid van dit tijdschrift.
2. Tijdelijke wet notificatieapplicatie covid-19. Ten tijde van de afronding van dit artikel, 25 september 2020, ligt dit wetsvoorstel bij de Eerste Kamer. De behandeling van het wetsvoorstel staat gepland voor 6 oktober 2020.
3. SARS-CoV-2 is de formele benaming voor het coronavirus en covid-19 de benaming van de ziekte die het virus kan veroorzaken. Covid-19 staat voor Corona Virus Disease 2019.
4. *Kamerstukken II* 2019/20, 25295, nr. 277, p. 35.
5. Mede op aandringen van de betrokken beveiligings-expert Brenno de Winter zijn vrijwel alle stukken snel openbaar gemaakt. Zie ‘Brenno de Winter: ‘Als ik het verpruts is het einde oefening corona-app’’, *Financieel Dagblad*, 24 augustus 2020.

6. Zie hierover ook het eerder verschenen opiniërende artikel van mr.dr.ir. J.L.F.W. van Kokswijk, ‘Corona-app; droog zand of natte droom? – In crisis situaties grijpen de overheden naar online burger data, maar de overheid heet een tendentieuze track record in tracing.’, *IR* 2020 nr. 3.
7. *Kamerstukken II* 2019/20, 25295, nr. 428 p. 18.
8. EU Public Licence 1.2.
9. <https://www.idc.com/promo/smartphone-market-share/os> (laatst geraadpleegd op 7 september 2020).
10. In 2017 had 93% van de Nederlanders een smartphone (Deloitte Global Mobile Consumer Survey 2017, Deloitte, p. 23).
11. Android distributiecijfers april 2020: eindelijk weer

generatie 6S (uitgebracht in 2015) kunnen niet naar versie 13.5 worden bijgewerkt.¹² Wij verwachten dat dit problemen kan opleveren voor personen die niet regelmatig een nieuwe smartphone aanschaffen, zoals ouderen¹³ en mensen die weinig geld te besteden hebben.

API van Apple en Google

CoronaMelder maakt gebruik van de *Exposure Notification* API die Apple en Google gezamenlijk hebben ontwikkeld (hierna: GAEN API).¹⁴ Dat gebruik is gebonden aan voorwaarden die Apple en Google aan VWS als ontwikkelaar van CoronaMelder stellen.¹⁵ Tussen deze partijen bestaat zodoende een contractuele relatie. Via een vooraankondiging aan Google en Apple is de app CoronaMelder vervolgens toegelaten tot de betreffende app stores.¹⁶

Het GAEN API is gebaseerd op het Decentralized Privacy-Preserving Proximity Tracing (hierna: DP-3T) protocol.¹⁷ Via *bluetooth low energy* wisselt de API contactcodes uit en bepaalt het de nabijheid van twee smartphones. De contactcodes worden elke 10 à 20 minuten opnieuw gegenereerd met een *temporary exposure key* (hierna: TEK) die zelf dagelijks ververs. Het generatieproces van contactcodes en TEK vindt plaats in de GAEN API en is niet toegankelijk voor CoronaMelder; die ontvangt slechts de resultaten.

Werking CoronaMelder

Smartphones die met CoronaMelder zijn geactiveerd en die in de nabijheid van een andere gebruiker met een smartphone met een actieve CoronaMelder komen, vangen deze contactcodes op. Deze codes worden alleen opgeslagen op de beide telefoons (tezamen met informatie over geschatte afstand, tijdsduur contact en datum contact) als de app registreert dat beide telefoons zich voor de duur van minstens 15 minuten minder dan 1,5 meter van elkaar hebben bevonden. Deze parameters worden bepaald door het geldende RIVM-protocol en kunnen worden bijgesteld als gevolg van nieuwe inzichten.¹⁸ Hiervoor meet CoronaMelder de verzwakking van het bluetooth-signaal en de tijdsduur van de waarneming van het signaal. Deze wij-

ze van afstandsmeting is niet nauwkeurig, maar is voldoende voor het bepalen of het contact een hoog infectierisico met zich meebrengt.¹⁹

CoronaMelder slaat de eigen gegenereerde TEKs en opgevangen contactcodes voor de duur van 14 dagen op en wist ze daarna automatisch. Die periode is gebaseerd op de gebruikelijke incubatietijd van SARS-CoV-2.²⁰ Het Centraal Informatiepunt Beroepen Gezondheidszorg (hierna: CIBG), een uitvoeringsorganisatie van VWS, beheert de back-end server van CoronaMelder met uitzondering van een afgeschermd gedeelte dat door KPN wordt beheerd. De server dienst van CIBG wordt afgenomen van Microsoft en staat in de Europese Economische Ruimte. Op het afgeschermd gedeelte van de server bij KPN worden IP-adressen van CoronaMelder gebruikers voor maximaal 7 dagen opgeslagen en geanalyseerd voor beveiligingsdoeleinden (DoS-attacks, hackpoging, etc.).

Alleen als de gebruiker een validatiecode invoert en expliciet toestemming geeft voor het delen van de gegevens gaan gegevens uit CoronaMelder naar de back-end server. Deze validatiecode wordt verstrekt aan de gebruiker door een arts of de GGD wanneer deze positief is getest op covid-19. Met de validatiecode stuurt de gebruiker zijn TEKs – die eerst in *diagnose keys* (hierna: DKs) worden omgezet – en zijn IP-adres mee. Aan de andere kant stuurt de GGD – na toestemming van de gebruiker – naar de back-end server de datum waarop de gebruiker ziekteverschijnselen kreeg.

De DKs staan voor 14 dagen op de back-end server om door andere gebruikers te worden opgehaald. Het is niet duidelijk of bij het ophalen van nieuwe DKs ook het IP-adres wordt gelogd. Met de ontvangen DKs kan CoronaMelder op de smartphones de contactcodes genereren en vervolgens vergelijken met de eigen lijst aan opgeslagen contactcodes.

Dekking binnen Europa

In de Europese landen waar een decentrale notificatieapp (matching vindt op de smartphone plaats) op basis van dezelfde GAEN API wordt gehanteerd werkt CoronaMelder ook. Andersom werken deze buitenlandse apps ook in Nederland. Daarvoor voegen deze apps aan de TEKs en de contactcodes een landcode toe om de nationale herkomst van de code mogelijk te maken. Voor de uitwisseling van DKs is in Europees verband²¹ een *Federation Gateway Service*²² ('FGS') ingesteld. Dit is een server onder beheer van de Europese Commissie die dagelijks van aangesloten nationale back-end servers nieuwe

zicht op versie-verdeling, *DroidApp*.

12. <https://support.apple.com/nl-nl/HT201222> (laatst geraadpleegd op 7 september 2020).
13. 'Ouderen boos omdat CoronaMelder alleen werkt op 'nieuwe' mobieltjes', 17 augustus 2020, *Algemeen Dagblad*.
14. *Kamerstukken II 2019/20*, 25295, nr. 315, p. 20.
15. Bij Apple: Apple Developer Program License Agreement en een Exposure Notification APIs Addendum. Bij Google: Google APIs Terms of Service, Google COVID-19 Exposure Notifications Service Additional Terms.
16. https://support.google.com/googleplay/android-developer/contact/expo_notif_api?hl=en (laatst geraadpleegd: 7 september 2020).
17. <https://github.com/DP-3T/documents/> (laatst geraadpleegd: 7 september 2020).
18. Protocol bron- en contactonderzoek covid-19.

19. *Kamerstukken II 2019/20*, 25295, nr. 461, p. 5.
20. Programma van Eisen voor een digitale oplossing ter aanvulling op bron- en contactonderzoek, GGD, p. 9 bijlage bij brief van de Minister van VWS van 24 juni 2020 (*Kamerstukken II 2019/20*, 25295, nr. 428).
21. eHealth Network, ingesteld onder de richtlijn 2011/24/EU.
22. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1043 (laatst geraadpleegd op 8 september 2020).

lijsten met DKs ontvangt en voor 14 dagen opslaat en ter beschikking stelt voor download door andere nationale back-end servers.

Technische noodzaak

Inmiddels is de vraag of CoronaMelder in zijn huidige vorm nog noodzakelijk is. Begin september 2020 hebben Apple en Google een nieuwe update uitgebracht waarmee het niet langer noodzakelijk is om een aparte app zoals CoronaMelder op je smartphone te installeren. Nationale overheden kunnen een configuratiebestand aan Apple en Google sturen. In dat bestand zijn de relevante parameterwaarden (duur en afstand) en -drempels en de adviezen wat te doen bij een notificatie opgenomen.

3. De juridische wereld; persoonsgegevens ja of nee?

De Minister geeft aan dat CoronaMelder maar zeer beperkt persoonsgegevens bevat en dat deze gegevens slechts zeer beperkt herleidbaar zijn tot personen.^{23,24} Dat is evenwel niet bepalend voor de kwalificatie van een persoonsgegeven. Hij lijkt hiermee geen antwoord te willen geven op de vraag of er wel of geen persoonsgegevens verwerkt worden. Onduidelijk is voor ons waarom dit zo lastig is. Een 'beetje' persoonsgegeven bestaat niet. Het gegevensbeschermingsrecht bestaat al decennia en in die jaren is al ruime discussie gevoerd – door juristen – over de kwalificatie van een persoonsgegeven. Toch lijkt de Minister het lastig te vinden om vast te stellen of het bij het gebruik van CoronaMelder om persoonsgegevens gaat. Het feit dat er heel veel stappen zijn ondernomen om gegevens te pseudonimiseren of zelfs helemaal uit de app te willen krijgen, leidt er niet toe dat de Minister explicieter is dat er wel persoonsgegevens worden verwerkt. Zelfs naast de mitigerende maatregelen blijft er een 'zwak' punt in het proces, en daar kan de Minister niet om heen. Bij de connectie met de back-end server wordt immers ook het IP-adres van de gebruiker opgeslagen. Met dit gegeven is het wel mogelijk om de TEKs en DKs te herleiden tot een individu en daarmee zijn deze codes zelf ook als persoonsgegeven aan te merken. Op het eerste gezicht zal het niet direct duidelijk zijn om welke personen het hier gaat, maar de vraag is of het redelijkerwijs te verwachten is dat de verwerkingsverantwoordelijke of een andere partij de betreffende informatie zal kunnen herleiden tot individuele personen. Het is met een lijst IP-adressen vrij gemakkelijk te achterhalen welke gegevens daar bij horen, de daarmee gemoeide kosten en tijd zullen niet buitensporig hoog zijn waardoor een dergelijke identificatie niet onwaarschijnlijk is.²⁵

23. Kamerstukken II 2019/20, 25295, nr. 501, p.4.

24. *Gegevensbeschermingseffectbeoordeling (DPIA) (versie: 24 augustus 2020)*, bijlage bij brief van de Minister van VWS van 28 augustus 2020, 1739301-209647-DICIO.

25. Overweging 26 van de considerans van de AVG; en

Dit is ook meegenomen in het technisch ontwerp en het IP-adres wordt om die reden gescheiden verwerkt van de DKs, maar op de *dezelfde* server. De gegevens kunnen dan niet direct aan elkaar gerelateerd worden en de DKs blijven niet herleidbaar tot een persoon. Het afgescheiden gedeelte wordt ook nog eens beheerd door een andere partij, KPN, en niet door het CIBG. Op de back-end server worden de IP-adressen maximaal 7 dagen bewaard. Verder meldt de concept gegevensbeschermingseffectbeoordeling (hierna: DPIA) dat een viertal vertrouwelijke maatregelen getroffen om de combinatie van IP-adressen met andere gegevens te voorkomen.²⁶ In het kader van het transparantiebeginsel en de plicht tot informeren van betrokken is het de vraag of deze informatie geheim kan worden gehouden. Als een soort geste is hij uit gegaan van de kwalificatie persoonsgegevens, maar erg sterk lijkt de overtuiging niet. Maar hiermee is de toepasselijkheid van de Algemene Verordening Gegevensbescherming²⁷ ('AVG') een feit. Het blijkt een terugkerend punt van aandacht. Doordat de Minister bij de verschillende verplichtingen die rusten op een verwerkingsverantwoordelijke – zoals het sluiten van een (verwerkers)overeenkomst, maar ook de informatieverplichting – de noodzaak toch minder ziet. Of in ieder geval een ruime uitleg geeft aan de interpretatie van de AVG.

4. Welke verwerkingsgrondslag is van toepassing?

Er is ook veel te doen geweest om de grondslag waarop VWS en de GGD'en de persoonsgegevens van CoronaMelder verwerken. De Minister is van mening dat geen aanvullende expliciete wettelijke grondslag nodig is. De wettelijke taken van de GGD en de Minister van VWS zoals neergelegd in de Wet publieke gezondheid²⁸ bieden volgens hem voldoende basis. Omdat bron- en contactonderzoek bewust vormvrij is opgeschreven in de wet moet het breed worden opgevat. En daaronder valt het zo snel mogelijk waarschuwen van mensen die in de buurt van een met het coronavirus besmette personen zijn geweest, aldus de Minister. Als echter gebruik wordt gemaakt van de grondslag uit art. 6 sub d AVG, dan moet de betrokkene uit de betreffende wet precies kunnen halen om welke verwerking het gaat, welke persoonsgegevens worden verwerkt, voor welke doelen en zo verder. Als de wet, waarop de Minister

HvJ EU 19 oktober 2016, C-582/14, Breyer/Duitsland, ECLI:EU:C:2016:779, punt 43

26. *Gegevensbeschermingseffectbeoordeling (DPIA) (versie: 7 juli 2020)*, bijlage bij brief van de Minister van VWS van 16 juli 2020.

27. Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG.

28. Art. 3 lid 1 jo. Art. 6 lid 1 sub c jo. Art. 7 lid Wpg.

zich denkt te kunnen beroepen, een open norm bevat die wordt gebruikt, is het derhalve niet mogelijk om de verwerking te baseren op de grondslag een wettelijke verplichting. Dus voordat er een aanpassing in de wet is gemaakt of de Tijdelijke Wet is aangevuld, zal de Minister de verwerkingen behorende bij CoronaMelder niet kunnen baseren op de grondslag 'een wettelijke verplichting'.

Deze kijk op de invulling van de vereisten vanuit art. 8 EVRM en art. 6 en art. 9 van de AVG heeft hij al vroeg in het traject op zich genomen.²⁹ Maar opnieuw, mede onder druk van de Raad van State en de Autoriteit Persoonsgegevens (hierna: AP), is de verwerking van gegevens ten behoeve van CoronaMelder expliciet in de Tijdelijke Wet opgenomen. Wat is dan nog het probleem, denkt u misschien. Nou de Minister was bereid om parlementaire behandelingen van de Tijdelijke Wet niet af te wachten en CoronaMelder al in te zetten op basis van de brede algemene wettelijke taak in de Wpg en/of de toestemming van de gebruiker.³⁰

Naast (het gebrek aan) een wettelijke grondslag, speelde ook de discussie of de toestemming van de gebruiker niet voldoende grondslag bood voor het gebruik van de gegevens van CoronaMelder. En wat hier door heen speelde is dat – los van welke grondslag – toestemming van de gebruiker moet worden gevraagd vanuit de Telecommunicatiewet.³¹

De Minister is van mening – wijzend naar Duitsland en Ierland en de European Data Protection Board³² (hierna: EDPB) – dat uitdrukkelijke toestemming van de gebruiker als bedoeld in art. 9 AVG ook een grondslag kan bieden voor verwerking van gegevens uit CoronaMelder. De landsadvocaat schaarde zich achter de Minister.³³

De EDPB noemt inderdaad dat uitdrukkelijke toestemming een grondslag voor de verwerking kan zijn, mits aan de strikte voorwaarde voor toepassing van die rechtsgrondslag is voldaan. Een belangrijke voorwaarde is of de toestemming in alle vrijheid kan worden gegeven en ingetrokken. Hoewel in het voorstel van de Tijdelijke Wet een verbod met een boete is opgenomen om te voorkomen dat mensen CoronaMelder verplicht stellen, is het maar de vraag of mensen zich echt vrij genoeg voelen om de app wel of niet te installeren. En verder hoe handhaaf je zo'n verbod? En bovendien een expliciet uitgesproken verbod is niet nodig om mensen te dwingen de app te gebruiken. Denk aan een baas die vrijuit negatief spreekt over hoe hij denkt over mensen die niet alles doen om de coronacrisis in te dammen. Er zullen veel werknemers zijn die zich dergelijke opmerkingen niet ongemoeid laten

en om die reden de app zullen installeren. Dus de moeilijkheid bij de grondslag toestemming zit er vooral in dat het te betwijfelen is of deze wel vrijelijk kan worden gegeven. Dit geldt niet alleen in een werkgever – werknemer relatie. Ook kan gedacht worden aan sociale druk, zeker onder jongeren, maar ook het feit dat de overheid een app adviseert zal bij velen toch een minder vrije keuze blijken dan zoals is bedoeld in art. 9 AVG. In de afgelopen weken zijn al voorbeelden van (onbewuste) sociale druk door ons gesignaleerd.³⁴

Over andere EU-landen gesproken; Duitsland, Ierland en het Verenigd Koninkrijk zijn de enige landen die op basis van uitdrukkelijke toestemming gegevens verwerken. Italië en Noorwegen hebben een specifieke, nieuwe wettelijke grondslag gecreëerd. Andere landen, zoals Kroatië, Polen en Portugal, baseren zich op bestaande wetten.³⁵

Voor de uitwisseling van DKs via het Europese FGS moeten de lidstaten zelf zorgen voor een werkingsgrondslag. Dit komt omdat de besmette personen achter de DKs bekend zijn bij nationale gezondheidsinstanties en daarmee deze sleutels bijzondere persoonsgegevens in de zin van de AVG. Voor de verwerking van deze persoonsgegevens via de FGS zijn de deelnemende lidstaten *verwerkingsverantwoordelijken* en de Europese Commissie *verwerker*. De relatie tussen de lidstaten en de Europese Commissie is geregeld bij EC-besluit in plaats van een verwerkersovereenkomst.³⁶ In dat besluit is bepaald dat de lidstaten zelf moeten zorgen voor een rechtsgrond tot verwerking van de gegevens in de FGS. De Minister erkent de eis voor het creëren van een zelfstandige grondslag,³⁷ maar het is nog niet duidelijk hoe deze vorm zal krijgen.

5. Wat doen we met Apple en Google, of misschien beter wat doen zij met de gegevens?

Apple en Google spelen met het GAEN API een grote rol in het digitaal BCO van veel landen. Volgens de Minister zijn zij geen verwerkingsverantwoordelijken of verwerkers van gegevens uit CoronaMelder, zij zijn slechts als softwareleverancier van het GAEN API betrokken bij de verwerking.³⁸ Hoe deze gedachte tot stand is gekomen, is ons niet duidelijk. Een softwareleverancier heeft vaak een aandeel bij een verwerking van persoonsgegevens. Denk alleen al aan eventuele foutmelding van software errors. Even los nog van de specifieke verwerkingen

29. *Kamerstukken II 2019/20, 25295, nr. 461, p. 15.*

30. *Kamerstukken II 2019/20, 25295, nr. 461, p. 18..*

31. Art. 11.7a Tw.

32. EDPB Richtsnoeren 04/2020 voor het gebruik van locatiegegevens en instrumenten voor contacttracing in het kader van de uitbraak van covid-19.

33. Juridische analyse - advies Autoriteit Persoonsgegevens inzake de DPIA van de CoronaMelder, *Pels Rijcken*, bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20, 25295, nr. 501.*

34. 'VWS zet maaltijdbezorgers onder druk om corona-app', 9 september 2020, NRC. Niet betrekking op CoronaMelder maar op het coronavaccin: 'Geen vaccinatieplicht, maar 'onacceptabel' als ziekenhuispersoneel het niet doet', 9 september 2020, AD.

35. Mobile applications to support contact tracing in the EU's fight against COVID 19 – progress reporting June 2020, Europese Commissie.

36. Besluit (EU) 2020/1023.

37. *Kamerstukken II 2019/20, 25295, nr. 461, p.15.*

38. *Kamerstukken II 2019/20, 35598, nr. 3, p. 4.*

gen die door de systemen kunnen lopen van softwareleveranciers afhankelijk van de soort dienstverlening.

Ons inziens is de positie van Apple en Google dus ook een stuk interessanter dan de Minister vermoedt, of wellicht hoopt. We kunnen drie situaties onderscheiden: 1) er zijn alleen verwerkingsverantwoordelijken, en ieder voor zijn eigen deel; 2) er is sprake van gezamenlijke verantwoordelijken; of 3) de tech-reuzen zijn verwerker en de overheid is de verwerkingsverantwoordelijke. Kort lichten we de drie situaties toe aan de hand van de huidige samenwerking.

Deze welwillende meewerkende tech-reuzen kunnen verwerkingsverantwoordelijke zijn tezamen met de Minister en GGD'en. Dit is in de praktijk echter een vrij zeldzame samenwerkingsvorm. Art. 26 AVG schrijft dan voor dat er een onderlinge regeling moet zijn waarin een en ander moet worden vast gelegd. Een dergelijke regeling lijkt nu te ontbreken. Hoewel ze een belangrijke rol hebben gehad in de discussie over de keus van de in te zetten digitale middelen ter ondersteuning van het BCO is het uiteindelijk de Minister die beslist met wie hij samenwerkt voor de doorontwikkeling. Of er echt een keuze was, is echter de vraag. De GAEN API is namelijk in alle opzichten superieur aan alternatieve oplossingen, omdat het is geïntegreerd in het besturingssysteemsoftware van smartphone. Het GAEN API kan daardoor bijvoorbeeld gebruik maken van de uitzondering in Apple's bluetooth beveiligingsprotocol om op de achtergrond 24 uur per dag codes uit te zenden. Andere meewegende voordelen zijn dat de smartphone van de gebruiker veel minder wordt belast en dat komt de batterij ten goede.

Toch lijkt het aannemelijker dat Apple en Google hier kwalificeren als verwerkers. Immers heeft de Minister de opdracht uitgezet. Zoals dit in veel IT-projecten gebeurt. Je huurt een specialist in voor een specifieke opdracht, maar dat maakt niet de specialist direct tot de verantwoordelijke. Het wordt immers in opdracht gedaan. Dit wordt doorgaans goed opgevangen in de onderliggende overeenkomsten. Dat is hier een lastig punt. Omdat de Minister geen rol toeschrijft aan deze partijen binnen het AVG framework is er – zo het lijkt – geen verwerkersovereenkomst gesloten met de tech-reuzen. Wel zijn er specifieke licentievoorwaarden opgesteld door Apple en Google, eenzijdig. Dus de beperkingen die er zijn afgesproken gelden voor de overheden, niet voor de aanbieders van de dienst.

Als de tech-reuzen zelf verwerkingsverantwoordelijke zijn, en de overheid ook op haar beurt, dan zal de overheid weinig in te brengen hebben. Die optie lijkt vanuit het oogpunt om nog te kunnen sturen in de doeleinden bijvoorbeeld een slechte variant. Dat Apple en Google nadrukkelijk geen verwerkingsverantwoordelijken willen zijn of dat ze geen rechtmatige grondslag voor de gegevensverwerking bezitten, is overigens niet relevant voor de kwalificatie van de partijen. Uit de overeengekomen contracten blijkt overigens niet dat ze dan ver-

werker zijn. Dus ook die rol lijken ze niet op zich te willen nemen.

Het lijkt nu alsof Apple en Google sturend zijn geweest in de bepaling van de doelen van de notificatieapps door in de licentievoorwaarden als voorwaarde te stellen dat het GAEN API door nationale overheden alleen voor ondersteuning bij BCO in de bestrijding van de coronavirus epidemie kan worden ingezet.³⁹ Het kan ook zo zijn dat de idee van partijen is geweest om op deze manier duidelijk te maken dat er beperkingen zijn aan het gebruik van de GAEN API en mogelijk zodoende ook aan de eventueel beschikbare data.

Het gevolg van goed lobby werk door Apple en Google is dat zij de volledige controle over de ontwikkeling van het GAEN API hebben en houden. Anders dan CoronaMelder en andere nationale notificatie-applicaties is het GAEN API zelf daardoor tot op heden niet aan diepgravend publiek onderzoek onderworpen.⁴⁰ Er is geen DPIA gedaan en slechts een deel van de broncode is eind juli openbaar gemaakt.⁴¹ De beperkte transparantie op dit onderdeel maakt onafhankelijke controle op veiligheidsaspecten en op oneigenlijke verwerking van persoonsgegevens onmogelijk en de Nederlandse overheid dus sterk afhankelijk van Apple en Google.⁴² Onwenselijk. Wellicht had dit anders gekund als de Minister iets langer had stil gestaan bij de verschillende rollen en daarin een andere keuze had gemaakt.

6. Hoe dan wel samenwerken?

Is het verstandig dat een overheid dusdanig afhankelijk is van de welwillendheid van twee IT-leveranciers?

Op dit moment kan de Nederlandse overheid beide tech-reuzen nergens toe verplichten. De rechtsverhouding tussen beiden wordt beheerst door een softwarelicentie waarvan de voorwaarden door Apple en Google eenzijdig zijn opgesteld. Het was raadzaam geweest als de Nederlandse overheid tenminste een verwerkingsverbod had afgesproken en daarnaast is meer transparantie ook van belang. Dat is de enige manier om te kunnen verifiëren wat er daadwerkelijk gebeurt.

Het gebrek van invloed van Nederlandse overheid op deze tech-reuzen doet zich nu al wreken. Op Android-smartphones moet toestemming voor locatie worden gegeven vanwege de wijze waarop het trackingingsysteem op Android werkt terwijl de

39. Art. 3 lid b sub II Google COVID-19 Exposure Notifications Service Additional Terms.

40. 'Contact Tracing App Privacy: What Data Is Shared By Europe's GAEN Contact Tracing Apps' https://www.scss.tcd.ie/Doug.Leith/pubs/contact_tracing_app_traffic.pdf.

41. <https://github.com/google/exposure-notifications-internals> (laatst geraadpleegd op 24 september 2020).

42. 'Overwegingen naar aanleiding van de Kamerbrief introductie 'CoronaMelder'', *Rathenau Instituut*, p. 3.

app geen locatiebepaling gebruikt. Ook is een Google-account nodig om via de Play Store (de applicatiewinkel) CoronaMelder te kunnen downloaden. Daarnaast zijn aan het DP-3T protocol in mei privacy-verbeteringen doorgevoerd die Apple en Google in ieder geval in augustus niet hebben doorgevoerd in het GAEN API.⁴³ De Minister heeft geen stok om mij te slaan. Partijen beslissen zelf wat ze wanneer doen.

Dit heeft tot gevolg dat smartphonegebruikers niet kunnen kiezen de functionaliteit van hun telefoon te verwijderen, omdat deze uiteindelijk permanent ingebouwd in de telefoon zal zitten. Het enige dat waarschijnlijk mogelijk is, is dat de functionaliteit niet 'aan' staat. Maar betekent dit dan ook dat er geen gegeven meer worden verwerkt? Dit en de wetenschap dat het bezit van een smartphone in de huidige maatschappij een cruciaal onderdeel in de levens van burgers is. Gecombineerd met het duopolie dat deze partijen op de smartphone markt hebben, maakt dat de Nederlandse overheid hier wellicht wat langer over na had moeten denken. Deze partijen zijn nu een oncontroleerbare speler in het geheel.

De Minister heeft hierover ook informatie ontvangen gedurende het traject. Het was om die reden dat de Begeleidingscommissie in juni al adviseerde aan de Minister om een verwerkersovereenkomst met Apple en Google te sluiten met een algemeen verwerkingsverbod voor eigen doeleinden van gegevens in het kader van gebruik van de CoronaMelder en evenmin wanneer de notificatie-functionaliteit in Android en iOS wordt ingebouwd.⁴⁴ In latere adviezen⁴⁵ vult de Begeleidingscommissie zijn advies aan door het verwerkingsverbod op te nemen in de Tijdelijke Wet. De AP⁴⁶ en de Raad van State⁴⁷ sluiten zich hierbij aan.

In reactie op het eerste advies van de Begeleidingscommissie meldt minister De Jonge in juli dat er goede afspraken met Google en Apple zijn.⁴⁸ Hierbij verwijst hij naar een FAQ van Apple en Google.⁴⁹ De

FAQ bevat geen bindende afspraken of verklaringen van Apple en Google. In alle versies van de FAQ (versie 1.2 is deze maand gepubliceerd⁵⁰) staat op de eerste pagina prominent 'Preliminary – Subject to Modification and Extension'.

Onder de druk van de AP en de Raad van State heeft de Minister in de Tijdelijke Wet expliciet bepaald dat de gegevens in CoronaMelder alleen voor de bestrijding van de COVID-19 epidemie mogen worden gebruikt en met Apple en Google afgesproken dat zij de gegevens van CoronaMelder niet voor andere doeleinden mogen verwerken.⁵¹ In welke vorm deze afspraken zijn vastgelegd, vertelt de Minister er niet bij. Uit de second opinion op de DPIA lijkt te kunnen worden afgeleid dat deze in de licentie met Apple/Google zijn opgenomen. Die licentie is eenzijdig door dan wel Apple of Google opgesteld. Een beperking op het gebruik van de data staat er niet in. Een verwerkersovereenkomst is er vooralsnog niet.

Dit lost nog niet het gebrek aan inspraak op de GAEN API op. In datzelfde document waarin VWS afspraken met Apple en Google heeft gemaakt, zou dit ook moeten worden opgenomen.

7. De noodzaak, of het gebrek daar aan...

Wij plaatsen ernstige vraagtekens bij de proportionaliteit en subsidiariteit van CoronaMelder.

Met name over de subsidiariteit wijdt de Minister weinig woorden in zijn brieven aan de Tweede Kamer en Eerste Kamer, de DPIA en de parlementaire stukken. De AP ziet dit ook, maar ziet geen aanleiding om hier verder op te adviseren.⁵²

Het is nog te vroeg voor wetenschappelijke studies naar de toegevoegde waarde van CoronaMelder of soortgelijke apps in andere landen. Duidelijk is al wel dat het succes van de app van veel factoren afhangt, zoals de testcapaciteit, aantal appgebruikers, betrouwbaarheid van metingen en de bereidwilligheid van burgers om de coronaregels op te volgen. Uit de veldtest blijkt dat CoronaMelder 73% van de uitgevoerde hoog-risico contacten registreerde. Andersom registreerde de app – zoals bedoeld – 73% van de laag-risico contacten niet. Deze cijfers betekenen niet dat CoronaMelder 73% van *alle besmettingsrisico's* kan registreren als iedereen de app gebruikt. Vanwege de aard van de besmetting kan CoronaMelder niet de volgende besmettingsrisico's registreren:

- Besmetting door personen die besmettelijk zijn buiten de gebruikelijke maximale besmettings-

on-FAQv1.1.pdf.

50. <https://covid19-static.cdn-apple.com/applications/covid19/current/static/contact-tracing/pdf/ExposureNotification-FAQv1.2.pdf>.

51. *Kamerstukken II 2019/20, 25295, nr. 3, p.4.*

52. 'Advies op voorafgaande raadpleging COVIG19 notificatie-app', Autoriteit Persoonsgegevens, 6 augustus 2020, bijlage bij *Kamerstukken II 2019/2020, 25295, nr. 501.*

43. 'Advies op voorafgaande raadpleging COVIG19 notificatie-app', Autoriteit Persoonsgegevens, 6 augustus 2020, p. 8, bijlage bij *Kamerstukken II 2019/2020, 25295, nr. 501.*

44. 'Advies 2: Gebruik Google en Apple API', *Begeleidingscommissie Digitale Ondersteuning Bestrijding Covid-19*, 30 juni 2020.

45. 'Advies 6: Aparte wetgeving voor de Corona Melder en eventuele andere digitale ondersteuningsmiddelen', *Begeleidingscommissie Digitale Ondersteuning Bestrijding Covid-19*, 23 juli 2020 en 'Advies 9: essentiële bepalingen in de Tijdelijke wet notificatieapplicatie covid-19', *Begeleidingscommissie Digitale Ondersteuning Bestrijding Covid-19*, 20 augustus 2020.

46. 'Advies op voorafgaande raadpleging COVIG19 notificatie-app', Autoriteit Persoonsgegevens, 6 augustus 2020, p. 17, bijlage bij *Kamerstukken II 2019/2020, 25295, nr. 501*

47. *Kamerstukken II 2019/20, 35538, nr. 4, p. 11.*

48. *Kamerstukken II 2019/2020, 25295, nr. [@], p. 7.*

49. Exposure Notification, v1.1, May 2020, [https://covid19-static.cdn-apple.com/applications/covid19/current/static/contact-tracing/pdf/ExposureNotificati-](https://covid19-static.cdn-apple.com/applications/covid19/current/static/contact-tracing/pdf/ExposureNotificati)

- periode van 10 dagen of geen symptomen van het SARS-CoV-2 virus hebben (asymptomatische besmetting);
- besmetting via oppervlakten (indirecte besmetting); of
 - besmettingen terwijl de geïnfecteerde persoon op voldoende afstand staat of maar korte tijd contact heeft gehad (bv. in een besloten, slecht-geventileerde ruimte).

Met name asymptomatische besmettingen zetten een flinke druk op de verwachte toegevoegde waarde van CoronaMelder. Een goede werking veronderstelt dat alle besmette personen ook hun besmetting in CoronaMelder melden. Besmette personen die zelf geen symptomen hebben (asymptomatisch), zullen daar nooit toe worden getriggerd. Recente studies laten zien dat ten minste 50% van de besmettingen asymptomatisch is.⁵³ Mogelijk is dit percentage zelfs nog hoger.⁵⁴ De app biedt dus geen waterdichte zekerheid over besmettingsrisico's, terwijl de gebruikers daar waarschijnlijk wel van uitgaan. Dat valse gevoel van veiligheid kan dus juist weer meer besmettingen in de hand werken.

Wat eveneens zorgen baart, is dat de Minister deze punten niet uitgebreid motiveert. De AP ziet dit ook in haar advies, maar verbindt hier geen conclusie aan.

Hoewel de financiële kant van CoronaMelder lijkt mee te vallen (tot nu toe zou een bedrag van rond 5 miljoen zijn besteed aan de app tegenover ruim 30 miljoen in Duitsland), is er een enorme organisatiecapaciteit gereserveerd in de vormen van mensen, kennis en kunde om de app te ontwikkelen. De vraag rijst of – net zoals in andere landen zoals Duitsland – deze schaarse bronnen niet beter hadden kunnen worden ingezet om de GGD'en te ondersteunen in de opschaling van testcapaciteit om daarmee een grotere impact op de bestrijding van het virus te hebben, want een blanco cheque hadden de GGD'en al gekregen. Met de berichten in augustus over de problemen bij de GGD'en om op te schalen en testen, lijkt het daar wel op.⁵⁵

Nota bene in een onderzoek dat de Minister in een van zijn Kamerbrieven aanhaalt,⁵⁶ als bewijs dat de (snelle) introductie een belangrijke bijdrage in de bestrijding van de coronaepidemie levert, wordt juist vooropgesteld dat minimaliseren van de wachttijden bij testen van cruciaal belang is voor

een effectief BCO, of dat nu met of zonder CoronaMelder is.⁵⁷

De belangrijkste factor in de bepaling van de effectiviteit van CoronaMelder is het gedrag van de gebruikers. Zal de app veel worden gedownload en geactiveerd? Zullen mensen de instructies opvolgen als zij een notificatie ontvangen? Informeren zij de GGD dat zij CoronaMelder gebruiken? En verstrekken zij dan de autorisatiecode aan de GGD om de TKs van de besmette persoon naar de back-end server up te loaden? Kijkend naar de berichten uit de Nederlandse bevolking zijn die niet hoopgevend.⁵⁸ Mensen volgen het advies tot thuisquarantaine niet op na een vastgestelde besmetting, laten zich niet testen bij symptomen, liegen juist over symptomen om te worden getest,⁵⁹ wachten de uitslag van de test niet af, weigeren aan BCO mee te werken.⁶⁰ Uit een onderzoek in juni blijkt dat maar een derde van de Nederlanders bereid zou zijn om CoronaMelder te installeren.⁶¹

Bovendien creëert een lage deelname aan de app een schijnveiligheid, blijkt uit een recente Harvard-studie.⁶² Mensen die CoronaMelder wel gebruiken krijgen slechts over maar een beperkt deel van hun ontmoetingen mogelijk informatie. Zolang gebruikers geen meldingen krijgen, gaan gebruikers misschien juist met meer mensen afspreken omdat ze zich veilig voelen. Ook in de Eerste Kamer zijn kritische vragen gesteld. Minister de Jonge schermst met cijfers die lijken te bewijzen dat een app als deze ook met een lage dekkingsgraad kan bijdragen aan beter BCO. De genoemde cijfers door De Jonge blijven alleen nogal in de lucht hangen doordat ze nergens tegen worden afgezet.⁶³

De Minister hanteert een verkeerde volgorde bij de toetsing van CoronaMelder of deze proportioneel is. Niet alle mogelijkheden van minder ingrijpende aard zijn ingezet om de R-waarde beneden de 1 te krijgen. Dat de Minister en de GGD'en er niet in slagen de basis op orde te krijgen en houden is vervolgens geen reden om dan een meer privacy invasieve applicatie in te zetten. Bovendien gaat het voordeel van vroege notificatie via CoronaMelder verloren als mensen vervolgens lang moeten wachten om getest te worden en daarna ook nog lang moeten wachten op de uitslag.

53. <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.05.08.20094870v2>.

54. <https://elifesciences.org/articles/58699>.

55. 'Amsterdam en Rotterdam beperken contactonderzoek, landelijke capaciteitstekort dreigt', 7 augustus 2020, 'GGD gewezen op tekortkoming contactonderzoek, maar wilde 'uitstralen er klaar voor te zijn', 12 augustus 2020, 'Ministerie en GGD wisten al in mei dat bron- en contactonderzoek langer duurde', 15 augustus 2020, 'GGD's overbelast, 'ontzettend veel mensen zonder klachten laten zich testen', 3 september 2020, NOS.

56. *Kamerstukken II 2019/20, 25295, nr. 501, p.2.*

57. 'Time is of the essence: impact of delays on effectiveness of contact tracing for COVID-19', Kretzschmar, Rozhnova, Van Boven, Van de Wijert en Bonten.

58. 'Steun van bevolking voor coronabeleid keldert', 7 september 2020, [skipt.nl](https://www.skipt.nl).

59. 'Directeur GGD: mensen liegen over coronasymptomen', 3 september 2020, [skipt.nl](https://www.skipt.nl).

60. <https://www.omroepwest.nl/nieuws/4093384/Mensen-liegen-tegen-GGD-bij-contactonderzoek-valse-telefoonnummers-en-niet-bestaande-personen> (laatst geraadpleegd op 7 september 2020).

61. <https://www.icthealth.nl/nieuws/twijfel-over-nut-en-installatie-corona-app-groeit/>.

62. 'How to Get People to Actually Use Contact-Tracing Apps', Farronato e.a., *Harvard Business Review*.

63. *Kamerstukken I 2020/21, 35 538, Memorie van Antwoord, C, p. 17*

CoronaMelder slaagt niet voor de proportionaliteitstoets.

8. Overheid nu dan toch als Big Brother?

Bepaalde ontwikkelingen ten behoeve van de CoronaMelder zijn naar alle waarschijnlijkheid onomkeerbaar. De GAEN API zal waarschijnlijk niet uit de besturingssystemen verdwijnen, maar per regio worden in- en uitgeschakeld voor de volgende epidemie of pandemie. De ervaringen, kennis en techniek die de overheid heeft ontwikkeld en opgebouwd met het ontwikkelen en uitrollen van CoronaMelder zullen ongetwijfeld een plek krijgen in de nieuwe draaiboeken voor de bestrijding van eventuele volgende epidemieën in Nederland.

Daarmee verlaagt voorgoed de drempel voor de overheid om de contact tracing techniek van CoronaMelder in de toekomst in te zetten. Dat vergroot het risico op *function creep* en *surveillance creep*.⁶⁴ Function creep is het onder druk veranderen van de functie en CoronaMelder voor andere doelen gaan gebruiken dan waarvoor de app is ontwikkeld. Surveillance creep is het in de gaten blijven houden van mensen, ook al is de aanleiding verdwenen. Voor een voorbeeld hoeft men niet lang na te denken. In Zuid-Korea wordt de nationale COVID-19 app ook ingezet voor handhaving van opgelegde quarantaineplichten.⁶⁵ Deze app maakt daarvoor gebruik van GPS om de locatie van gebruikers te bepalen. Technisch gezien een kleine stap, privacy technisch gezien een hele grote.

Deze en andere lange termijn effecten worden in de DPIA niet besproken. Naar onze mening ten onrechte, want het is evident dat *function creep* en *surveillance creep* een grote impact op de rechten en vrijheden van burgers heeft. Daarbij zijn genoeg concrete voorbeelden te vinden en te bedenken om dit in de DPIA te adresseren (anders dan de second opinion op de DPIA, die geen aanbeveling heeft om deze lacune in de DPIA op te vullen⁶⁶).

9. Medical device: ook dat nog?

Naast de privacy issues speelt er nog een issue. Een vraag die tot nu toe niet is opgeworpen, is of CoronaMelder kwalificeert als een medisch hulpmiddel onder de Medische Hulpmiddelen richtlijn⁶⁷ ('MDD'), en de verordening Medische Hulpmiddelen⁶⁸ ('MDR') die de richtlijn zeer spoedig zal opvol-

gen. Het antwoord op de vraag is relevant omdat VWS de toets nog niet heeft gedaan en ook nog niet heeft getoetst of CoronaMelder aan de vereisten van de MDD en de MDR voldoet. Apple en Google hebben dat wel gedaan; GAEN API als zodanig is geen medisch hulpmiddel.⁶⁹ Met name onder de MDR (die volgend jaar in werking treedt) kan een positieve kwalificatie tot significante compliance problemen leiden. Zelfs voor de laagste klasse (Class 1) is klinische evaluatie en een goed ingericht kwaliteitsmanagementsysteem verplicht.

Een volledige analyse gaat voor dit artikel te ver. Toch willen we het kort noemen. Want hoewel CoronaMelder geen rol speelt bij het vaststellen of iemand met SAR-CoV-2 besmet is geraakt, dient de app wel degelijk een medisch doel. Als we kijken naar de term 'Medisch Hulpmiddel' onder de MDR dan valt daar onder ook software die door de fabrikant is bestemd om alleen of in combinatie te worden gebruikt bij de mens voor ondermeer de medische doeleinden preventie en monitoring van ziekte. Aan de hand van eerdergenoemde parameters wordt bepaald of er risicovol contact is geweest tussen gebruikers van de app, oftewel wat de kans op besmetting met het virus is geweest en aan de hand daarvan wordt er wel of geen bericht gestuurd over eventuele besmetting met het virus. Dit maakt CoronaMelder in ieder geval class 1 medisch hulpmiddel onder de MDR.

De invoering van de MDR is vertraagd door de corona epidemie. Per 26 mei 2021 treedt deze inwerking. Maar ook onder de nog geldende MDD kwalificeert de app als medisch hulpmiddel en moeten er door VWS compliance maatregelen worden genomen. Hierover hebben wij tot nu toe nog niets gelezen in de stukken van Minister de Jonge. Dus ja, ook dat nog.

En toen...

Het is voor ons duidelijk dat de Minister hard zijn best doet om CoronaMelder uit te rollen. De Minister lijkt hier echter wel een paar stappen te snel te hebben genomen waardoor er nu toch gaten zijn gekomen in de bescherming van de privacy van de burgers. De druk vanuit de media en zowel de Eerste Kamer als Tweede Kamer lijken de Minister niet te stoppen. Of de app er komt zal nu toch echt afhangen van enerzijds de ontwikkelingen van het coronavirus in Nederland, de overige maatregelen die zijn genomen en of deze voldoende op orde zijn en het belangrijkste of de wet door de Eerste Kamer komt. Het zal ons benieuwen.

64. Arnbak, 'We slaapwandelen richting de surveillan-cestaat', *Financieel Dagblad* 22 augustus 2020.

65. 'Phones Could Track the Spread of Covid-19. Is It a Good Idea?', *wired.com*.

66. 'Second Opinion DPIA CoronaMelder App', *Privacy Management Partners*, p. 6.

67. Richtlijn 93/42/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende medische hulpmiddelen

68. Verordening (EU) 2017/745 van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2017, betreffende medische hulpmiddelen, tot wijziging van Richtlijn 2001/83/

EG, Verordening (EG) nr 178/2002 en Verordening (EG) nr. 1223/2009, en tot intrekking van Richtlijnen 90/385/EEG en 93/42/EEG van de Raad.

69. Art. 5 sub b Google COVID-19 Exposure Notifications Service Additional Terms.